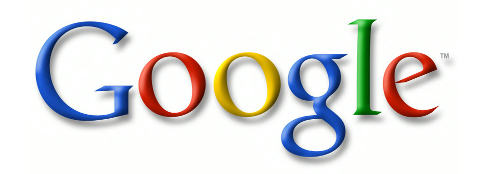
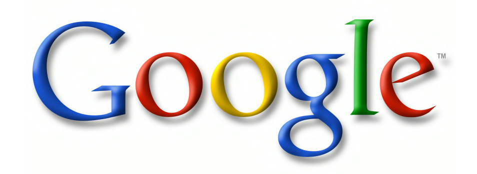
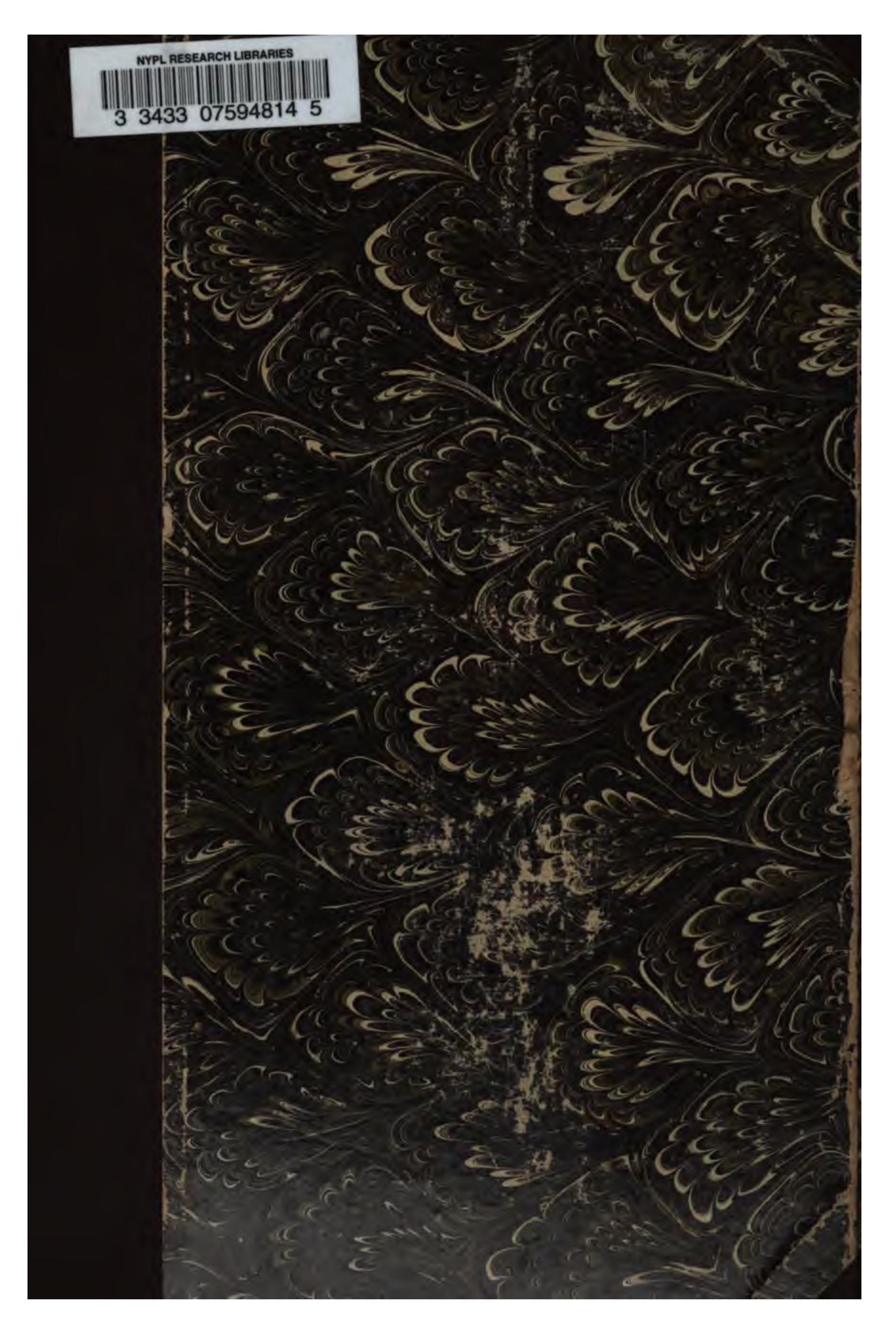
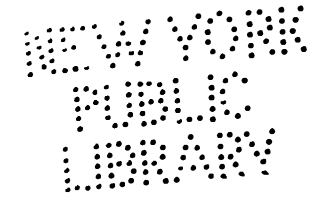


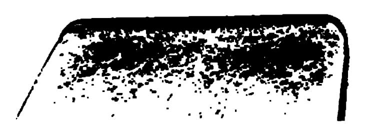



NYPL RESEARCH LIBRARIES
3 3433 07594814 5






NEW YORK
PUBLIC
LIBRARY



SLA

Strafrechtlic



SLA
Strafrechtl.

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar**, Göttingen, Prof. Dr. **Birkmeyer**, München, Prof. Dr. **Frank**, Tübingen, Privatdozeut Dr. **Freudenthal**, Breslau, Prof. Dr. **Gretener**, Breslau, Prof. Dr. **Günther**, Giessen, Prof. Dr. **von Hippel**, Göttingen, Prof. Dr. **Kleinfeller**, Kiel, Prof. Dr. **Kohler**, Berlin, Prof. Dr. **von Lilienthal**, Heidelberg, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt**, Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning**, Jena, Prof. Dr. **Oetker**, Marburg, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt**, Freiburg, Prof. Dr. **Ullmann**, München, Prof. Dr. **Wachenfeld**, Rostock, Prof. Dr. **Weismann**, Greifswald,

herausgegeben von

Dr. Ernst Beling,

ord. Professor an der Universität Giessen.

Heft 39.

Untreue und Unterschlagung.

Von

Dr. jur. Otto Draheim,

Referendar.

BRESLAU 1901.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Untreue und Unterschlagung.

Von

Dr. jur. Otto Draheim,

Referendar.

BRESLAU 1901.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Privatdozent Dr. **Freudenthal,** Breslau, Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **von Lilienthal,** Heidelberg, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **Oetker,** Marburg, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald,

herausgegeben von

Dr. Ernst Beling,

ord. Professor an der Universität Giessen.

Heft 39.

Untreue und Unterschlagung.

Von

Dr. jur. Otto Draheim,

Referendar.

BRESLAU 1901.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Untreue und Unterschlagung.

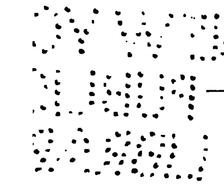
Von

Dr. jur. Otto Draheim,

Referendar.

BRESLAU 1901.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen
von
Prof. Dr. Gretener, Breslau.



Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf.

Inhalts-Uebersicht.

Seite

I. Abschnitt.

Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung in geschichtlicher Entwicklung. 1—16

II. Abschnitt.

Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung im geltenden Recht in Bezug auf die einzelnen Thatbestandsmerkmale. 17—54

I. Die Subjekte der Untreue und Unterschlagung.

II. Die Handlungsobjekte der Untreue und Unterschlagung.

I. Abschnitt.

Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung in geschichtlicher Entwickelung.

§ 1.

Im römischen Recht.

Das römische Recht kannte weder das Delikt der Unterschlagung noch das der Untreue als selbständige allgemeine Rechtsbegriffe. Die Handlungen, welche wir heute unter den Deliktsbegriff der Unterschlagung subsumieren, gingen ihm in dem weitgefassten furtum auf, das *Paulus* (D. de furtis, 47,2 l. 1 § 3.) als „contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve“ definiert. Da die contrectatio, wie *Mommsen*[1]) sagt, immer eine bestimmte den Besitz konstituierende Handlung erfordert, „so wird — was für die Unterschlagung im Sinne unseres heutigen Rechts von besonderer Wichtigkeit ist — derjenige, der den Besitz oder die Detention der Sache in anderer Weise bereits hat, nur dann als Dieb angesehen, wenn er aufs Neue mit deliktischem Bewusstsein die Sache angreift.“[2]) (vgl. D. 41, 2, 3, 18. 47,2, 1, 2.)

Besonders bedroht war als depeculatus oder peculatus publicus das furtum am beweglichen Staatsgut. Für unsere Betrachtung ist dies Delikt deshalb von besonderer Bedeutung, weil bei ihm

[1]) Römisches Strafrecht (1899) S. 735.

[2]) Mommsen a. a. O.

die Unterschlagung überwiegt. Denn in seiner wichtigsten Anwendung, der Entwendung von Metall oder Münzen aus öffentlichen Kassen, nahm es praktisch zumeist die Form der durch Beamte verübten Veruntreuung öffentlicher Gelder an.[1])

Die Verletzung von auf besonderem Vertrauen beruhenden, rechtlich anerkannten Treueverhältnissen dagegen machte, soweit diese Verletzungen nicht auch von dem furtum umfasst wurden, lediglich civilrechtlich verantwortlich. Das prätorische Edikt knüpfte jedoch an die Verurteilung aus den sogenannten contractus famosi[2]) die Infamie und documentierte durch diese harte Ehrenfolge, welche schwerwiegende Bedeutung es dem Missbrauch rechtlicher Vertrauensstellungen beimass.

Eine besondere strafrechtliche Bedeutung nahm der in der Prävarikation gelegene Treubruch in Anspruch. Subjekt dieses Delikts konnte sowohl der Ankläger im publicum iudicium — praevaricatio propria — wie der advocatus — praevaricatio impropria — sein. (D. 47, 15, 1, 1.) Die Handlung bestand in dem „diversam partum adiuvare prodita causa sua“ (D. 47, 15, 1 pr.) und wurde mit einer Strafe extra ordinem belegt. (D. 47, 15, 1. 1.) —

In einer eigentümlich nahen Beziehung standen in Rom diejenigen Rechtsverhältnisse, die noch heute die typischen civilrechtlichen Grundlagen für die Veruntreuung einerseits und die Untreue andrerseits abgeben, nämlich das Depositum und die Tutel. Beide Rechtsverhältnisse zeigen ja, wie *Pernice*[3]) mit Recht hervorhebt, schon an sich eine erhebliche Verwandtschaft; wie dem Vormunde das ganze Mündelvermögen, so ist dem Depositar eine einzelne Sache anvertraut.

Wegen Hinterlegung nun war in den XII Tafeln eine Klage in duplum gegeben, und es spricht alles dafür, dass diese Klage eine actio poenalis wegen Treubruches d. h. wegen Unterschlagung anvertrauter Sachen war.[4]) Ganz analog gewährten nun die XII Tafeln auch eine Klage gegen den Vormund, der Mündelgut

---

[1]) Mommsen a. a. O. S. 764.

[2]) D. 3, 2, 1: Infamia notatur . . . . qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit.

[3]) Marcus Antistius Labeo I. (1873) S. 439.

[4]) Vgl. Pernice a. a. O. S. 435.

„verbrachte".[1]) Während die erstere Klage in der civilen actio depositi directa aufging, bewahrte die letztere als actio rationibus distrahendis auch nach dem Aufkommen der generellen actio tutelae ihren selbständigen Charakter. Sie richtet sich gegen alle, qui iure tutores sunt et gerunt tutelam. (D. 27, 3, 1, 19.)[2]) Ziel der Klage war das duplum des objektiven Wertes der dem Mündel entzogenen Sache, der rei aestimatio. (D. 27, 3, 1, 20.) Bezüglich der Handlung, durch welche der Thatbestand des Delikts erfüllt wurde, nimmt *Lenel*[3]) mit Rücksicht auf D. 27, 3, 1, 23 an, dass diese in der Formel mit dem Worte „capere" bezeichnet wurde. *Mommsen*[4]) vermutet, dass die Klage vom Zwölftafelrecht, das weder Depositen- noch Tutelklage des späteren Rechts kannte, nach dem Muster der Diebstahlsklage gestaltet wurde. Jedenfalls entspricht die Strafe der des gewöhnlichen Diebstahls. Im späteren Recht ist allerdings — wahrscheinlich auf Grund späterer Interpretation — der Thatbestand unserer Klage nicht mehr mit demjenigen des furtum identisch. Zwar bezeichnet D. 26, 7, 55, 1 die mit der actio rationibus distrahendis verfolgbare Handlung des Tutors als „furare" und stellt dem ungetreuen, dieser actio unterliegenden Tutor die alii fures vergleichend gegenüber. Allein in der weiteren Ausführung sagt der Jurist, dass es auf das wesentlichste Thatbestandsmerkmal des furtum bei unserer Klage nicht so sehr ankomme: „tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam (sc. rem) videntur quam perfide agere." Mit der Klage sollte also weniger die contrectatio rei invito domino als solche als vielmehr der durch Missbrauch des vormundschaftlichen Verwaltungsrechts bethätigte dolus des Tutors, seine perfidia, verfolgt werden.[5])

---

[1]) Mommsen (a. a. O. S. 738) vermutet, dass ein Bedürfniss zur Schaffung dieser Klagen zur Zeit des Zwölftafelrechts sich daraus ergab, dass der Begriff des Furtum, wie schon der Name besagt, ursprünglich einen Ortswechsel des Deliktsobjekts erforderte.

[2]) Vgl. auch Lenel, das Edictum Perpetuum (1883) S. 256.

[3]) a. a. O.

[4]) a. a. O. S. 738 N. 2.

[5]) Vgl. Pernice a. a. O. S. 489.

§ 2.

Im deutschen Recht der Volksrechte und Rechtsbücher.[1])

Das deutsche Recht zur Zeit der Volksrechte bietet für eine Betrachtung des Verhältnisses der Unterschlagung zur Untreue nur geringe Ausbeute. Dies rührt daher, dass das deutsche Recht diejenigen Unterschlagungshandlungen, die zugleich das Merkmal des Treubruchs enthalten, wie die Unterschlagung anvertrauter Sachen prinzipiell ungeahndet lässt. Allerdings kennen die Volksrechte eine Kategorie von Handlungen, die man als Unterschlagung oder „diebliches" Behalten charakterisieren kann; aber allen diesen Handlungen fehlt gerade das die Verwandtschaft der Unterschlagung mit der Untreue vermittelnde Moment des Vertrauensbruches. Es fällt nämlich unter das „diebliche Behalten" nur die Unterschlagung der Sachen, deren Besitz der Thäter ohne den Willen des Eigentümers in nicht strafbarer Weise erlangt hat.[2]) Dem deutschen Recht erschienen nur die dem Diebstahle verwandten Unterschlagungshandlungen einer kriminellen Ahndung bedürftig, und diese Verwandtschaft mit dem deutschen Diebstahlsbegriff ist nur bei „Verletzung fremder Besitzrechte", beim „widerrechtlichen Ansichnehmen einer Sache" gegeben.[3]) Gerade dieses Thatbestandsmerkmal entfällt nun aber in allen den Fällen, wo der Thäter mit Willen des Verletzten, also z. B. auf Grund eines Rechtsgeschäfts, in den Besitz der Sache gelangt ist. Hier ist es allein die vertragsmässige Rechtsbeziehung, die der Thäter durch das Nichtherausgeben, Verheimlichen der Sache u. s. w. verletzt, und diese Verletzung kann, mag auch aus ihr der böse Wille des Schuldners deutlich erhellen, ein kriminell-strafbares Unrecht nicht begründen. Von diesem

---

[1]) Vergl. zu diesem Paragraphen vor allem die Ausführungen Lönings in seinem Werk: „Der Vertragsbruch im deutschen Recht". S. 99 ff, S. 393—415. Ihm folgen grundsätzlich Wahlberg in „Gesammelte kleinere Schriften etc." Bd. 2 S. 189—191 und Ammon, Die Untreue, Inaug.-Diss., Tübingen 1894, S. 14, 15. A. M: Meyer, Lehrb. § 88, n. 7.

[2]) „So wenn jemand eine Sache findet, aber den Fund verheimlicht und die vorgeschriebene Verlautbarung versäumt, wenn ein flüchtiger Knecht oder ein Tier dem Nichteigentümer zuläuft, und er sie dem Herrn gegenüber verleugnet oder sie nicht vorschriftsmässig aufbietet" (Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 2, § 139, S. 650.).

[3]) Vgl. Löning a. a. O. § 13, S. 100.

Standpunkte aus ist es eine prinzipwidrige Ausnahme, wenn das westgotische und das bayrische Recht[1]) — bezüglich des letzteren ist a. M. *Löning*[2]) — den als Dieb bestraft, der ihm zur Aufbewahrung oder zum Verkauf anvertraute Sachen dem Zurückfordernden unter dem falschen Vorwande vorenthält, die Sachen seien gestohlen oder verloren.[3])

An dem eben geschilderten Rechtszustande, wie er sich prinzipiell in den Volksrechten gestaltet hat, wird, wie *Löning*[4]) gestützt auf ein umfassendes Quellenmaterial überzeugend darlegt, auch durch die Rechtsbücher nichts geändert. (vgl. insbesondere Sachsenspiegel III, 43 § 1, 2; Richtsteig Landrechts 47, § 4. — Die Glosse zum Sachsenspiegel II, 37 und der von *Löning*[5]) angezogene spätere Zusatz zum Lübischen Recht, in denen sich die entgegengesetzte Auffassung geltend macht, stehen bereits unter römischem Einfluss.) In allen diesen Fällen der in Zueignungsabsicht erfolgenden Vorenthaltung einer anvertrauten Sache galt dem deutschen Recht — gerade so wie heute bei der Untreue — als verletzt lediglich die Vertragspflicht. Zur Ausgleichung dieser Verletzung aber erschienen ihm die Rechtsvollstreckung und die den Schuldner treffenden Prozessstrafen hinreichend; insbesondere begründeten die besonderen Modalitäten der Vorenthaltung einer anvertrauten Sache wie das Wegführen oder Verheimlichen derselben keine Abweichung vom Prinzip. Zu einer Kriminalisierung des durch Unterschlagung anvertrauter Sachen begangenen Treubruchs schritt das deutsche Recht erst dann, wenn die Rechtsvollstreckung einen genügenden Ausgleich für die Verletzung der

---

[1]) Codex Euricianus Fr. 280. (K. Zeumer) .... Et si postmodum dominus rerum apud eum, cui commendaverat, quae fuerint suppressa repperierit, cum haec ille se prius dixerit perdedisse vel furto fuisse sublata, sicut fur ea, quae caelavit, ut legum statuta praecipiunt, conpositione inplere cogatur.

Lex Baiuwariorum XV c. 5. (Mon. Germ. Legum Tomus III.)

...... Et postmodum dominus apud eum qui commendaverat, quaecumque fuerint suppressa repressa repperit, cum haec ille prius se dixerat perdidisse vel furto fuisse sublata: sicut fur eam ab eo exigi legum statuta praecipiunt, conpositionem cogatur inplere.

[2]) a. a. O. S. 101, 102.

[3]) Vgl. auch Brunner a. a. O. § 139.

[4]) a. a. O. S. 393—406.

[5]) a. a. O. S. 406.

obligatorischen Pflicht nicht gewährte, also in den Fällen der Unmöglichkeit der Rechtserfüllung. Eine solche war bei Veräusserung, Verpfändung, Vernichtung, Verschlechterung sowie auch bei nicht vertragsmässig gestattetem Gebrauch der anvertrauten Sache — der nach deutscher Rechtsauffassung in jedem Falle die Integrität der Sache antastet — gegeben.[1])

§ 3.

In der C. C. C. und im gemeinen Recht.

Gegenüber dem eben geschilderten Rechtszustand bedeutete es einen erheblichen Fortschritt, wenn die C. C. C., die übrigens auch die Prävarikation der Prokuratoren im A. 115 behandelte, denjenigen gleich einem Diebe straft, der „mit eyns andern güttern, die jm inn guttem glauben zu behalten und verwaren gegeben sein, williger und geverlicher weiss dem glaubiger zu schaden handelt." (Art. 170 der C. C. C.) Die Auslegung dieses Artikels ist in zweifacher Beziehung streitig:

1) Einmal hat die Frage zu Zweifeln Anlass gegeben, welcher Umfang nach unserem Artikel dem Delikt der Unterschlagung zukommt. Einige wie *Carpzov*,[2]) *Boehmer*,[3]) *Gobler*,[4]) *K. G. Wächter*[5]) erkannten zutreffend an, dass der Artikel nach seinem unzweideutigen Wortlaut nur die Unterschlagung „hinterlegter Sachen" behandele, andere dehnten ihn schon seinem Wortlaut nach aus, so *Remus*[6]) auf das Kommodat. Jedoch war von den erst Genannten *Boehmer*[7]) für sinngemässe Ausdehnung des Artikels auch auf sonstige mit der Pflicht zur Rückgabe oder Ablieferung über-

[1]) Vgl. Löning a. a. O. § 52 S. 406—415 und darüber, dass auch in diesen Fällen das Delikt kein „diebliches" im technischen Sinne war, wenn es auch als solches bezeichnet wurde. S. 407.

[2]) Practica Nova qu. 85 nr. 66. 71. (Wittenberg, 1665.)

[3]) Meditationes in C. C. C. § 1 ad art. 170. (Halae-Magdeburgicae, 1770.)

[4]) Gobleri versio Art. 170.

[5]) Wächter, Lehrbuch § 207.

[6]) Remi paraphrasis des Art. 170.

[7]) So sagt Boehmer a. a. O. . . . . . . Unde perperam quidem textum de commodato interpretantur Remus, Stephani, Zieriz, in effectu autem non adeo peccant, quum parum, quoad notionem et poenam furti referat, depositarius an commodatarius animo lucri rem alterius detentam contrectet. Nam utroque casu ea concurrunt, quae conceptus furti desiderat, nec uni minus fidem fallere licet, quam alteri.

gebene Sachen, zumal da ihm die Unterschlagung im Diebstahl aufging.

Schliesslich ging man noch weiter und belegte auch die Unterschlagung nicht anvertrauter Sachen mit — wenn auch meist geringerer — Strafe, sodass sich der Unterschlagungsbegriff des gemeinen Rechts im Wesentlichen entsprechend dem des modernen Rechts herausbildete. So definiert *Köstlin*[1]) die gemeinrechtliche Unterschlagung als „jede widerrechtliche in der Absicht, dem Berechtigten die Substanz zu entziehen und sie für sich zu haben, vorgenommene Zueignung einer fremden beweglichen Sache, ohne solche durch Entziehung aus dem Besitze des Berechtigten in diebischer Absicht in die Detention erlangt zu haben."

2) Was die zweite Streitfrage anlangt, so ist erörtert worden, ob der Art. 170 sich auch auf sonstige ausserhalb der Unterschlagung liegende Fälle des Vertrauensbruches beziehen lässt. *Binding*[2]) hält dies für „mehr als zweifelhaft", *Meyer*[3]) urteilt, dass unser Artikel „möglicher Weise über den Thatbestand der Unterschlagung hinausgeht". Jedoch ist nicht einzusehen, warum gegenüber dem umfassenden Ausdruck „zu schaden handeln" eine einschränkende Auslegung Platz greifen soll. Vielmehr sind zutreffender Weise auch die nicht als Unterschlagungen charakterisierbaren Fälle unbefugten Gebrauchs oder dolosen Verderbens hinterlegter Sachen als unter den Thatbestand des Art. 170 fallend zu betrachten,[4]) sodass — wie *Wahlberg*[5]) sagt — „in dieser entscheidenden Stelle die Unterschlagung und Untreue wie im Keime liegen."

Gegenüber den mit der Unterschlagung ungeschieden in Art. 170 der C. C. C. enthaltenen Fällen der Untreue nimmt eine völlig selbständige Stellung ein die in der Reichspolizeiordnung

---

[1]) Abhandlungen aus dem Strafr. Tübingen, 1858, S. 335 § 25.

[2]) Grundriss II S. 218 n. 1.

[3]) Lehrbuch 5. Aufl. § 114 n. 4.

[4]) So Gobler's Uebersetzung; Martin, Lehrbuch des Teutschen gem. Criminalr. 2. Ausg. 1829, § 200 S. 478; K. G. Wächter, Lehrbuch § 207; Köstlin a. a. O. § 25 S. 337; Huber, Die Unterschlagung, Neresheim, 1875. Von der Tübinger Jur. Fakult. gekrönte Preisaufgabe, § 14; Wahlberg a. a. O. S. 192; v. Liszt, Lehrbuch 8. Aufl. § 133 I.

[5]) Vgl. das Citat auf S. 4, n. 1.

von 1577 Tit. XXXII, § 3 „bei Vermeidung der Straff gemeiner Recht“ behandelte Untreue der Vormünder. Die Reichspolizeiordnung weist hier die Obrigkeit an, „keines Vormünders Fahrlässigkeit noch weniger Vervortheilung bey seinem Pflegkind oder dessen Güter“ ungestraft hingehen zu lassen. Diese reichsrechtliche Bestimmung ist, wie *Binding*[1]) mit Recht bemerkt, die eine der beiden Wurzeln, auf welche die Untreue unseres heutigen deutschen Strafrechts geschichtlich zurückführt.

§ 4.

Im allgemeinen Landrecht.

Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten behandelte die Untreue als Unterart des qualifizierten Betruges, mit dessen Strafe sie bedroht war, im 15. Abschnitt des 20. Titels, II. Teils, der die Beschädigung des Vermögens durch strafbaren Eigennutz und Betrug zum Gegenstande hat. Es giebt zwar im § 1329 a. a. O. eine Definition der Untreue; ein allgemeiner Deliktsbegriff der Untreue ist ihm indessen trotzdem fremd, da diese Definition richtiger Ansicht nach durch die eingehende nachfolgende Specialisierung der einzelnen Fälle der Untreue eingeschränkt wird. Der landrechtliche Deliktsbegriff der Untreue, wie er sich aus dieser spezialisierenden Aufzählung ergiebt, zeichnet sich durch seine Weite aus. Neben Fällen reiner Untreue (vgl. ausser den ungetreue Privatverwalter bedrohenden §§ 1345, 1346 als besonders interessant die gegen die Untreue der Bevollmächtigten sich richtende Strafbestimmung des § 1372) [2]) umfasst er insbesondere die Unterschlagung anvertrauter Sachen vollständig. So werden nach § 1350 Veruntreuungen des gemeinen Gesindes und der Hausgenossen durch Unterschlagung anvertrauter Sachen oder Gelder als Hausdiebstähle bestraft. Privatverwalter sollen bei Unterschlagungen von Geldern oder Naturalien, die sie vermöge ihres Amtes empfangen oder eingehoben haben, ausser der durch den Betrug verwirkten Geldbusse auch zur

---

[1]) Grundriss II § 187 S. 218.

[2]) Sie lautet:

> „Wer bei Ausrichtung eines übernommenen Auftrags seinen Machtgeber hintergeht und dadurch vorsätzlich in Schaden bringt, soll ebenso viel als der Schade beträgt, zur Strafe entrichten“.

körperlichen Strafe gemeiner Diebe verurteilt werden. (§ 1347). Die Strafe des qualifizierten Betruges trifft Privatpersonen, wenn sie ein ihnen zur Verwahrung anvertrautes Gut angegriffen oder verzehrt haben (§ 1354) oder vorsätzlich ableugnen. (§ 1355). Wissentlich widerrechtliche Verpfändung fremder Sachen von Seiten des Inhabers ist als eine Veruntreuung nach Vorschrift der §§ 1328, 1329, also mit der Strafe des qualifizierten Betruges, zu ahnden.

Diese Anführungen genügen, um zu erweisen, dass weder das Delikt der Untreue noch das der Unterschlagung im Landrecht begriffliche Selbständigkeit gefunden hat. Die Untreue ist nur eine Unterart des Betruges und umfasst ihrerseits wieder die Unterschlagung anvertrauter Sachen. Diese Fälle der Unterschlagung stellen sogar das Hauptcontingent zur Bildung des landrechtlichen Deliktsbegriffs der Untreue.

Demnach erscheint die Kritik *Köstlin's*,[1]) dass die landrechtliche Behandlung unserer Delikte „an Schiefheit, Willkür und Inkonsequenz“ litt, nicht unberechtigt.

§ 5.
Im Preussischen Strafgesetzbuch.
(Mit besonderer Berücksichtigung der Vorarbeiten zu demselben.)

Einen entschiedenen Fortschritt in der geschichtlichen Entwicklung unserer Delikte bedeutet die Thatsache, dass man in den Entwürfen zum preussischen Strafgesetzbuch von vornherein auf die Zusammenfassung der im Allgemeinen Landrecht kasuistisch aufgezählten Unterschlagungsfälle unter einen Deliktsbegriff bedacht war. Ueber die Bildung dieses Begriffes indessen war man nicht einig. In der für unsere Darstellung besonders bedeutsamen Frage, ob die Unterschlagung auf die Fälle rechtswidriger Zueignung anvertrauter Sachen zu beschränken oder auf im Gewahrsam des Thäters befindliche Sachen schlechthin zu erstrecken sei, entschied sich der Staatsrat und die Immediat-Kommission von 1843 — dem ersten Entwurf folgend und im

---

[1]) a. a. O. § 14 S. 188. Sehr mit Recht bezieht sich derselbe Autor ebenda zur Illustrierung der verfehlten landrechtlichen Systematik darauf, dass das Landrecht im Zusammenhange unserer Delikte auch der Brieferbrechung Erwähnung thut. (§ 1870 A. L.-R. II, 20.)

Gegensatze zu den Entwürfen von 1830, 1833 und 1836 — zu Gunsten der ersten Alternative. Demgemäss kann nach § 225 des preussischen Strafgesetzbuchs eine „Unterschlagung“ nur an solchen Sachen begangen werden, „deren Besitz oder Gewahrsam der Thäter mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zu verwahren, zu verwalten, zurückzugeben oder abzuliefern“. Die Fälle des sogenannten Funddiebstahls, in denen Objekt der sonst dem § 225 entsprechenden Handlungen eine fremde, bewegliche Sache ist, welche der Thäter „gefunden oder durch Zufall in seine Gewahrsam bekommen hat“, werden zwar „einer Unterschlagung gleichgeachtet“, fallen aber an sich unter den die Verletzung einer obligatorischen Pflicht als wesentliches Merkmal enthaltenden Unterschlagungsbegriff des preussischen Strafgesetzbuches nicht.

Da alle Entwürfe zum preussischen Strafgesetzbuch dem von vorn herein nachdrücklichst betonten Bedürfniss nach Schaffung eines Delikts**begriffs** der Unterschlagung zu entsprechen suchten, erschien die Bildung eines allgemeinen Begriffs der Untreue entbehrlich, und daher rekapitulierten die Entwürfe bis 1836 im Wesentlichen nur die schon im Allgemeinen Landrecht als strafbar hervorgehobenen einzelnen Fälle von Vertrauensbruch. Bezüglich des Umfanges der Untreue entschied man sich dafür, dass sie alle Arten strafbarer Vermögensschädigung treffen solle, weil sonst „auch der einfache Diebstahl des Vormundes geringer zu strafen sein würde, als die Untreue“.[1]) Der Entwurf von 1845 dehnte die Untreue — der Ausdehnung des Betruges entsprechend — sogar auf die Verletzung rein persönlicher Rechte aus. An dieser Ausdehnung glaubt übrigens *Goltdammer*[2]) auch noch vom Standpunkt des preussischen Strafgesetzbuches selbst aus festhalten zu müssen, da sie trotz der 1845 erfolgten Beschränkung des Betrugsbegriffes auf die Vermögensbeschädigung eine ausdrückliche Einschränkung nicht erlitten habe. Den weitgesteckten Grenzen des Anwendungsgebietes der Untreue entsprach es, wenn der Entwurf von 1847 die Untreue von der an das Allgemeine Landrecht erinnernden, in den Entwürfen bis zu dem von 1845

---

[1]) **Goltdammer**, Materialien z. St.-G.-B. f. d. Preuss. Staaten II. zu § 246, S. 560[2].

[2]) a. a. O. S. 561.

festgehaltenen Verbindung mit dem Betruge löste und sie unter einem eigenen Titel behandelte.

Der Entwurf von 1850 enthielt überhaupt keine Bestimmung über die Untreue, weil man meinte, mit den Strafdrohungen wegen Unterschlagung und Betrug das vorhandene kriminialpolitische Bedürfnis nach Bestrafung von Vertrauens- und Treubrüchen im rechtlichen Verkehr genügend gedeckt zu haben. Auf Veranlassung der Kommission der II. Kammer, welche diese Meinung nicht teilte, nahm man jedoch die Bestimmungen der früheren Entwürfe über die Untreue wieder auf.

In der Frage nach den Subjekten der Untreue entschied man sich im Gegensatz zum letzten Entwurfe von 1847 für die grundsätzliche Beschränkung dieses Deliktes auf die mit öffentlichem Vertrauen bekleideten Personen. „Die Ausdehnung (über den Kreis öffentlicher Verpflichtung nämlich) würde — so erwog man — der Vorschrift einen völlig unbestimmten Charakter verleihen und nur die Beschränkung auf die Verhältnisse mit öffentlichem Charakter könne eine bestimmte objektive Grenze gewähren. Nur bei diesen walte zugleich von vornherein das grössere Vertrauen ob. Bei Privatverhältnissen dieser Art bleibe es jedem überlassen, besondere Vorsicht zu üben, und hier liege es sogar nicht immer im Interesse der Kontrahenten, die begangene Untreue zu rügen.“[1]).

Aus diesen Gründen, die *Wahlberg*[2]) mit Recht als „eben nicht unwiderlegliche“ bezeichnet, entschied man sich für die ins preussische Strafgesetzbuch selbst aufgenommene Beschränkung der Untreue auf die im § 246 Z. 1 und 2 ebenda genannten Personen.

Im Übrigen ergab sich nach allen diesen Schwankungen der einzelnen Entwürfe, welche die Schwierigkeit der befriedigenden Fixierung des Deliktsbegriffs der Untreue insbesondere nach der Seite seines Umfanges und seines Verhältnisses zu schon bestehenden Deliktsbegriffen deutlich wiederspiegeln, die in § 246 des preussischen Strafgesetzbuchs vorliegende Fassung.

Danach entspricht die Untreue des preussischen Rechts — abgesehen von Absatz 3 des cit. § 246, der in das Reichsstraf-

---

[1]) **Goltdammer, a. a. O. zu § 246, S. 560.**

[2]) **a. a. O. S. 197.**

gesetzbuch nicht aufgenommen wurde, und abgesehen von der Aufnahme der Bevollmächtigten als tauglicher Subjekte der Untreue in das Reichsstrafgesetzbuch (§ 266 Z. 2) — auch in der Formulierung im Wesentlichen der in § 266 unseres Reichsstrafgesetzbuchs behandelten Untreue.

§ 6.
In den Vorarbeiten zum Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund.

Die Vorarbeiten zum Reichsstrafgesetzbuch unterzogen den Unterschlagungsbegriff des preussischen Rechts einer eingehenden, auch für unsere Darstellung in mehrfacher Beziehung bedeutsamen Revision, deren Ergebnis die im § 246 des Reichsstrafgesetzbuches gegebene Begriffsbestimmung der Unterschlagung ist.

Als besonders wichtige, hier interessierende Abweichung vom preussisch-rechtlichen Unterschlagungsbegriff, an welchen die Vorarbeiten gedankenmässig anknüpfen, ist zunächst hervorzuheben die Ausdehnung der Unterschlagung auf jede fremde, bewegliche Sache, „die der Thäter in seinem Besitz oder Gewahrsam hat," mithin auch auf die Fälle des sogenannten Funddiebstahls. Diese Ausdehnung wurde durch die Erwägung vermittelt, dass die in den §§ 225, 226 des preussischen Strafgesetzbuchs enthaltene „Unterscheidung, soweit sie sich auf den Besitzerwerb des Thäters bezieht, um so weniger hinreichend begründet sei, als durch sie nur das negative Moment in dem Thatbestande der Unterschlagung, dass der Besitzerwerb kein dieblicher sein dürfe, näher habe bezeichnet werden sollen".[1]) Die jetzt nur die eine Gruppe innerhalb der Unterschlagung bildenden Fälle der Unterschlagung anvertrauter Sachen werden nur in der Strafdrohung des § 246 Reichsstrafgesetzbuchs berücksichtigt.

Abgesehen von der Ersetzung der im preussischen Strafgesetzbuch kasuistisch aufgezählten einzelnen Arten der Unterschlagungshandlungen durch das Thatbestandsmerkmal der „rechtswidrigen Zueignung" verdient besondere Hervorhebung die

---

[1]) Motive zu § 241 (der dem § 246 R.-St.-G.-B's. entspricht) des dem Norddeutschen Reichstage vorgelegten Entwurfes des Deutschen Strafgesetzbuches, S. 122 ff.

Streichung der in den §§ 225, 226 preussischen Strafgesetzbuchs enthaltenen Worte: „zum Nachteile des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers". Durch die Nichtaufnahme dieser eine Übersetzung des: „au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs" in Art. 408 des Code pénal darstellenden Worte hat das Reichsstrafgesetzbuch wesentlich zur Klärung des Begriffs der Unterschlagung und zur scharfen Abgrenzung desselben namentlich von der Untreue beigetragen.

Der Art. 408 des Code pénal, der mit den Artikeln 406, 407 und 409 zu einer Gruppe unter der Überschrift: „abus de confiance" verbunden ist, bestraft den Missbrauch des Vertrauens, der durch ein „détourner ou dissiper" von besimmten — im Gesetz aufgezählten — Sachen, welche der Thäter auf Grund bestimmter Vertragsverhältnisse mit der Verpflichtung, in bestimmter — wiederum im Gesetz fest begrenzter — Weise mit ihnen zu verfahren, erhalten hat. Schon der Hinweis auf die Grundverschiedenheit des preussischen von dem französischen Deliktsbegriff, dem die fraglichen Worte entlehnt sind, zeigt, dass ihre Aufnahme in die Begriffsbestimmung der preussisch-rechtlichen Unterschlagung ein Missgriff war.

Jede Aneignung hat unumgänglich die Verletzung des Eigentumes an der fremden Sache zur Folge, und insofern ist die Benachteiligung des Eigentümers eine selbstverständliche, ebenso wie sich von selbst versteht, dass durch die Aneignung auch Rechte des Besitzers oder Inhabers verletzt werden können. Wenn das Gesetz nun durch die Fassung „zum Nachteile des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers" andeutet, dass eine Benachteiligung bloss des Besitzers oder auch bloss des Inhabers genügt, zwingt es damit zu der unvermeidlichen Schlussfolgerung, dass auch unter „Nachteil des Eigentümers" nicht bloss die Verletzung des Eigentumsrechts — die ja die logisch notwendige Folge jeder Aneignung ist —, sondern etwas anderes — nämlich die Vermögensbeschädigung des Eigentümers zu verstehen sei.

So standen der Auslegung der §§ 225, 226 preussischen Strafgesetzbuchs nur zwei Wege offen:

Entweder: sie legte das Hauptgewicht auf die eingetretene Vermögensschädigung; dann musste sie, weil die Vermögensschädigung des Besitzers oder Inhabers zur Erfüllung des That-

bestandes genügt, notwendig dazu kommen, das Erfordernis der „Aneignung einer fremden Sache“ — unter welches doch die einzelnen in den §§ 225, 226 preussischen Strafgesetzbuchs benannten Handlungen fielen — als lästige Fessel zu betrachten — oder: sie legte im Anschluss an die gemeinrechtliche Theorie das Hauptgewicht auf die durch die Unterschlagung herbeigeführte Verletzung fremden Eigentumsrechts. Im letzteren Falle musste sie sich zu dem Geständnis bequemen, dass die Verletzung des Rechts des Besitzers oder Inhabers neben der des Eigentumsrechtes vom Gesetze überflüssiger Weise erwähnt sei. Ja sie musste weitergehend zugeben, dass auch die Erwähnung der Eigentumsverletzung sich erübrige, weil der Handlungsbegriff der Unterschlagung diese Verletzung in begrifflich notwendiger Weise nach sich ziehe.[1])

Diesen — in jedem Falle misslichen — Konsequenzen hat unser Reichsstrafgesetzbuch durch die Streichung der fraglichen Worte und die wesentlich hierdurch bewerkstelligte scharfe Herausarbeitung der Unterschlagung als reiner Verletzung fremden Eigentumsrechtes vorgebeugt. —

In diesem Zusammenhange ist noch der Erweiterung zu gedenken, die das Delikt der Untreue durch die Aufnahme der Bevollmächtigten unter die Subjekte der Untreue in § 266 Z. 2 des Reichsstrafgesetzbuchs erfahren hat.

§ 266 Z. 2 ist eine Nachbildung des Sächsischen Strafgesetzbuchs von 1868, das in Artikel 287 Abs. 2 bestimmt:

„Der Unterschlagung ist es gleich zu achten, wenn ein Geschäftsführer über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Geschäftsherren, welche er nicht in Besitz hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachteile des Geschäftsherrn verfügt.“

Die Aufnahme dieser Bestimmung in das Reichsstrafgesetzbuch entsprang dem Bedürfnis, die Unterschlagung durch einen Thatbestand zu ergänzen, der eine Art „Aneignung von Forderungen“ darstellt.[2]) Dieses Bedürfnis nach Schaffung eines die Unterschlagung ergänzenden Thatbestandes ist, wie derselbe

---

[1]) Vgl. hierzu Hälschner in Goltdammer's Archiv für Preussisches Strafrecht Bd. 15 (1867) S. 1. ff., insbesondere S. 4—7 und über die Veranlassung zur Aufnahme der fraglichen Worte S. 7—9.

[2]) Binding, Grundriss II, § 187 S. 218.

Autor[1]) bemerkt, die andere[2]) Wurzel, auf welche sich die Untreue unseres heutigen deutschen Strafrechts zurückführen lässt. —

Schliesslich sind noch die praktisch ungemein wichtigen in den sogenannten strafrechtlichen Nebengesetzen enthaltenen Strafbestimmungen zu erwähnen, die teils das Delikt der Untreue teils das der Unterschlagung zu ergänzen bestimmt sind. Diese Bestimmungen, deren im Laufe der Abhandlung allerdings nur beiläufig gedacht werden kann, sind die Folgenden:

1. Reichsgesetz vom 7. April 1876 über die eingeschriebenen Hilfskassen. (In der Fassung der Novelle vom 1. Juni 1884.) § 34.

2. Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883. (In der Fassung des Reichsgesetzes vom 10. April 1892, über die Abänderung des Gesetzes betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883). § 42.

3. Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900. § 45.

4. Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirthschaft vom 30. Juni 1900. § 47.

5. Bau-Unfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900. § 14.

6. See-Unfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900. § 45.

Zu 3. bis 6. in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Juli 1900.

7. Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899 in der Fassung vom 19. Juli 1899. § 93.

8. Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899. § 36.

9. Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 §§ 312, 320 Abs. 3, 325 Z. 9.

10. Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889. (Fassung vom 20. Mai 1898.) § 146.

11. Börsengesetz vom 22. Juni 1896. § 79.

12. Reichsgesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere vom 5. Juli 1896. §§ 11, 12, 9 in Verbindung mit § 13.

Von diesen hier genannten strafrechtlichen Bestimmungen lassen sich die zu 1. bis 8. angeführten als zweifellose Ergänzungsbestimmungen zum § 266 Strafgesetzbuchs kennzeichnen, und das Gesetz selbst weist auf die nahe Beziehung der fraglichen Be-

---

[1]) a. a. O.

[2]) Vgl. oben S. 8.

stimmungen zum § 266 Strafgesetzbuchs dadurch hin, dass es durchweg dessen Strafdrohung als massgebend in Bezug nimmt. In den zu 2. bis 7. genannten Gesetzen ist zugleich bestimmt, dass sich die civilrechtliche Verantwortlichkeit der unter die Strafdrohung des § 266 Strafgesetzbuchs gestellten Personen nach den Rechtsgrundsätzen über das Verhältnis der Vormünder zu ihren Mündeln regelt. Damit deutet das Gesetz selbst an, dass es die gedachten Strafbestimmungen speziell der im § 266 Z. 1 sich findenden, gegen die Vormünder gerichteten nachgebildet hat.

Die zu 9. bis 11. aufgeführten gesetzlichen Bestimmungen enthalten zwar keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Strafdrohung des § 266 Strafgesetzbuchs; sie haben vielmehr selbständige Strafdrohungen. Dennoch zeigt ihr Sinn, dass der Gesetzgeber in ihnen nur neue Rechtsverhältnisse unter den dem § 266 Strafgesetzbuchs eigentümlichen Rechtsschutz stellen will, wie denn auch fast durchweg in der Formulierung die nahe Verwandtschaft mit dem genannten Paragraphen des Strafgesetzbuches hervortritt.

Das zu 12. angeführte Reichsgesetz enthält in den §§ 11 und 12 Abs. 2 Z. 2 zwei neue, aber mit wesentlich strengerer Strafe bedrohte Fälle eigentlicher Unterschlagung. Der § 9 und mit ihm § 12 Abs. 1 des angezogenen Reichsgesetzes lehnt sich an den § 246 des Strafgesetzbuches nur an und schafft im übrigen einen neuen Thatbestand, der in interessanter Weise in der Mitte zwischen § 246 und § 266 Z. 2 Strafgesetzbuchs steht. [1])

---

[1]) Grundsätzlich ausser Betracht bleiben diejenigen vom Strafgesetzbuch selbst bedrohten Handlungen, die zwar mit den als „Untreue“ im technischen Sinne strafbaren Handlungen verwandt sind, bezüglich deren aber das Gesetz durch ihre anderweite Unterbringung im Systeme des Strafgesetzbuchs dokumentiert, dass es sich bei ihrer Kriminalisierung von besonderen Gesichtspunkten hat leiten lassen. Dahin gehört der im § 92 Z. 3 normierte Fall des diplomatischen Landesverrats und der Fall der sog. Prävarikation der „Advokaten, Anwälte oder anderen Rechtsbeistände“. (§ 356 St.-G.-B.)

II. Abschnitt.

Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung im geltenden Recht in Bezug auf die einzelnen Thatbestandsmerkmale:

I. Die Subjekte der Untreue und Unterschlagung.

§ 7.

Im Allgemeinen.

Das Strafgesetzbuch sagt im § 246 bezüglich der einfachen Unterschlagung schlechthin:

„Wer eine fremde bewegliche Sache . . . . sich rechtswidrig zueignet.“

Es beschränkt also die Möglichkeit der Thäterschaft — was die Subjekte der einfachen Unterschlagung anlangt — nicht.

Ganz anders § 266 Strafgesetzbuchs und die ihm gleichzustellenden Nebengesetze. Hier nennt das Gesetz ganz bestimmte Personenklassen, innerhalb deren allein die tauglichen Subjekte der Untreue zu suchen sind. Wenn man nun aber diese gesetzliche Zusammenstellung der tauglichen Subjekte der Untreue als reine Aufzählung betrachten, also annehmen wollte, dass es dem Gesetz lediglich darauf ankommt zu sagen: Nur dann ist der Thäter beim Vorliegen des hier mit Strafe bedrohten Thatbestandes zu strafen, wenn er zu einer der hier genannten Personenklassen gehört, also wenn er Vormund, Kurator, Güterpfleger u. s. w. ist, so dürfte damit der mit der Benennung dieser einzelnen Personen-

klassen verfolgte Zweck verkannt werden. Es handelt sich hier nicht allein um eine bloss auf persönlichen Eigenschaften beruhende Scheidung der tauglichen von den untauglichen Subjekten der Untreue, sondern vielmehr um eine begrifflich zu fassende Abgrenzung des Anwendungsgebietes der Untreue:

Alle die vom Gesetz hervorgehobenen Personen werden entweder schon allein durch den Namen (z. B. Vormünder, Kuratoren etc.) oder durch diesen und einen entsprechenden Zusatz (so in Z. 3 des § 266: Feldmesser u. s. w., welche übertragene Geschäfte besorgen) als Träger ganz bestimmter typischer Rechtsverhältnisse gekennzeichnet. Der Sinn des Gesetzes ist nun der, die Untreue auch objektiv in den Rahmen der Rechtsverhältnisse zu spannen, die durch Benennung ihrer Träger charakterisiert werden.

Durch diese — begriffliche — Auffassung erfährt das Delikt der Untreue, wie es sich gestalten würde, wenn man die gesetzliche Zusammenstellung einzelner Personenklassen im Sinne blosser Aufzählung, also rein persönlich, verstehen wollte, auf der einen Seite eine Einschränkung, auf der andern eine Erweiterung:

1. Eine Einschränkung insofern, als nicht jede Handlung, die im Uebrigen den Thatbestand von § 266 St.-G.-B. Z. 1, 2 oder 3 erfüllt, schon darum eine Untreue ist, weil das handelnde Subjekt einer der vom Gesetz benannten Personenklassen angehört. Vielmehr ist weiterhin erforderlich, dass der Thäter unter Verletzung derjenigen Pflichten gehandelt hat, die ihm gerade kraft seiner Zugehörigkeit zu jener Personenklasse oblagen. Darum liegt z. B. eine Untreue des Vormundes nur dann in der den Mündel benachtheiligenden Handlung desselben, wenn sie zugleich gegen diejenigen Pflichten verstösst, die ihm gerade sein Amt als Vormund auferlegt, also beispielsweise dann nicht, wenn er zugleich Schuldner des Mündels, dessen Forderung verjähren lässt. (Vgl. E. 13,333. 19,80.) Untreue eines Bevollmächtigten ist dann nicht gegeben, wenn er zur Ausgleichung seiner eigenen Schulden an den Auftraggeber fingierte Posten als für den Auftraggeber ausgegeben aufstellt. (*Oppenhoff*, Rechtspr. d. Obertribun. Bd. 20,331). Denn bezüglich seiner eigenen Schulden an den Auftraggeber kann der Bevollmächtigte nicht für den Gläubiger und an seiner Statt handeln, also auch keine aus dem Mandatsverhältnisse resultierende

Pflicht verletzen, oder — um mit den Worten des Gesetzes zu reden — in Bezug auf seine eigenen Schulden an den Auftraggeber ist er eben nicht Bevollmächtigter.

2. Eine Erweiterung erfährt das Delikt der Untreue bei begrifflicher Auffassung der vom Gesetz angewandten Aufzählung der tauglichen Subjekte der Untreue insofern, als der Thäter auch eine Person sein kann, die dem Namen nach einer der vom Gesetz aufgezählten Personenklassen nicht eingereiht werden kann, sofern sie nur durch die Handlung in irgend einer Beziehung gegen den Kreis von Pflichten, der gerade durch die Aufzählung der verschiedenen Personenklassen abgegrenzt werden soll, verstösst.

So lässt sich z. B. wenn A. Vormund des minderjährigen B. ist, mit der bei erreichter Volljährigkeit des B. eintretenden Endigung der Vormundschaft (§ 1882 B. G. B.) die Bezeichnung „Vormund" von nun an auf A. streng genommen nicht mehr anwenden.[1]) Trotzdem ist A. mit dieser Endigung der Vormundschaft noch nicht aller kraft des vormundschaftlichen Verhältnisses für den Mündel begründeten Pflichten ledig geworden. So ist er gemäss § 1890 Bürgerlichen Gesetzbuchs dem B. zur Herausgabe seines Vermögens verpflichtet und hat ihm Rechenschaft über die Verwaltung abzulegen. A. kann sich daher, obwohl nicht mehr Vormund, z. B. durch Verletzung der Pflicht zur Herausgabe des Mündelvermögens sehr wohl noch einer Untreue schuldig machen; So auf Grund der Preussischen Vormundschaftsordnung vom 7. Juli 1875, deren hier einschlägiger § 67 im Wesentlichen dem angezogenen § 1890 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht: R.-Ger.-E. 17,241.

---

[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch sagt freilich im § 1890 — sozusagen in einem Atem —: „Der Vormund — statt: Der bisherige Vormund — hat nach der Beendigung seines Amtes dem Mündel das verwaltete Vermögen herauszugeben u. s. w." Dieser Sprachgebrauch rechtfertigt sich durch die Erwägung, dass trotz der formalen Beendigung der Vormundschaft die durch das vormundschaftliche Verhältnis begründeten Pflichten noch nicht völlig erloschen sind. Ja einige Pflichten entstehen überhaupt erst in Folge der Beendigung des einmal begründeten vormundschaftlichen Verhältnisses, so z. B. gerade die im § 1890 Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Vormund auferlegte. Mit Rücksicht auf diese Pflichten ist — um bei dem im Text gegebenen Beispiel zu bleiben — A. trotz erreichter Volljährigkeit des B. noch dessen „Vormund".

§ 8.

Die Subjekte der Untreue aus Z. 1 und 3 des § 266.

I. Bezüglich der Subjekte der Untreue aus Z. 1 des § 266 St-G.-B. ist zu bemerken, dass die vom Gesetze gegebene Aufzählung erschöpfend erfolgt ist, analoge Ausdehnung auf andere Personenklassen sich also mit Rücksicht auf § 2 Absatz 1 St.-G.-B. verbietet. Andrerseits ist durch die sogenannten strafrechtlichen Nebengesetze eine umfangreiche Klasse anderer Personen hier herein bezogen worden. So dürften die Personenkategorien, welche die auf Seite 15 zu 1. bis 10. aufgeführten Gesetze nennen, am besten den Subjekten der Untreue aus Z. 1 des § 266 angereiht werden, während der Kommissionär als Subjekt der im § 79 des Börsengesetzes genannten Delikte zutreffender dem Bevollmächtigten (§ 266 Z. 2) zur Seite gestellt wird.

Was die Personenklassen der Z. 1 des § 266 im einzelnen anlangt, so wird als Vormund im Sinne der Z. 1 auch der Gegenvormund des Bürgerlichen Gesetzbuchs wie schon der der Preussischen Vormundschaftsordnung zu gelten haben.[1]) Da er in erster Linie berufen ist, die pflichtmässige Führung der Vormundschaft durch den Vormund zu überwachen,[2]) so kann er sich durch Verletzung dieser Aufsichtspflicht einer Untreue schuldig machen. (So R.-Ger. E. 2,345.) —

„Der Begriff des Kurators setzt — wie das Reichsgericht[3]) zutreffend ausführt — nach Massgabe des geltenden bürgerlichen Rechtes ein kraft des Gesetzes bestehendes Schutzverhältnis voraus. Und zwar sind Kuratoren im Gegensatze zu Vormündern diejenigen, denen nicht die allgemeine Fürsorge für die Person und das Vermögen ihrer Schutzbefohlenen, sondern die Wahrung spezieller und vorwiegend sachlicher Interessen übertragen ist.“

Kurator im Sinne des Gesetzes ist also z. B. der gemäss § 1909 des bürgerlichen Gesetzbuchs bestellte Pfleger. Zweifelhaft ist, ob auch der gemäss § 1910 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestellte Pfleger unter die Kuratoren zu zählen sein wird. Seine Fürsorge kann allerdings, da sie Person und Ver-

---

[1]) vgl. Olshausen Note 4a zu § 266.

[2]) vgl. § 1799 B.G.B.

[3]) Entsch. 24,109.

mögen des Pflegebefohlenen umfasst, im praktischen Ergebnis der des Vormundes gleichkommen. Sie ist aber doch insofern eine beschränkte, als der Pflegebefohlene durch diese Pflegschaft an der persönlichen Wahrnehmung seiner Angelegenheiten nicht gehindert wird. Der Umstand, dass diese Beschränkung nicht, wie dies bei den eine Vormundschaft treffenden Beschränkungen der Fall ist, eine auf Zufälligkeiten beruhende Ausnahme bildet, sondern der Thätigkeit des Pflegers ursprünglich beiwohnt, aus dem Wesen der Pflegschaft fliesst,[1]) rechtfertigt es, auch diesen Pfleger dem Begriff des Kurators im Sinne des § 266 Z. 2 St.-G.-B. zu unterstellen.

Auch die Frage, ob der der Mutter gemäss § 1687 B.G.B. vom Vormundschaftsgericht bestellte Beistand taugliches Subjekt der Untreue aus § 266 Z. 1 St.-G.-B. sein kann, wird zu Zweifeln Anlass geben.[2]) Die Unterordnung unter den Begriff des Vormundes dürfte sich, obwohl das Gesetz im § 1694 B.G.B. einen grossen Teil der für die Gegenvormundschaft geltenden Vorschriften auf die Beistandschaft für anwendbar erklärt, verbieten. Denn der Beistand wird, wenn auch im Interesse des Minderjährigen, so doch nicht diesem selbst, sondern — wie schon der Name sagt — dessen ehelicher Mutter zu ihrer Unterstützung und Überwachung bei Ausübung der elterlichen Gewalt bestellt. (§ 1689 B.G.B.) Seine Thätigkeit ist also gegenüber der elterlichen Gewalt der Mutter eine mehr sekundäre und im Wesentlichen nur eine kontrolierende.

Mit Rücksicht darauf, dass ein unmittelbares Schutzverhältnis

---

[1]) vgl. Cosack, Lehrb. d. Deutsch. bürgerl. Rechts Bd. II. § 336.

[2]) Bedauerlich ist es, dass es verabsäumt wurde, diese wesentlich durch das Inkrafttreten des B.G.B. verursachten Zweifel durch ausdrücklich gesetzliche Bestimmungen, wie sie z. B. u. a. der Art. 34 des E. G. z. B.G.B. enthält, abzuschneiden. Dass es sich um bewusste Unterlassung handelt, ist kaum anzunehmen. Der Vorwurf mangelnder Sorgfalt bei Durchführung der gesetzgeberischen Arbeiten, die erforderlich geworden sind, um das neben dem B.G.B. geltende Recht mit diesem in Einklang zu setzen, ist auch sonst gerechtfertigt. So ist es zweifellos übersehen worden, auch im § 182 Abs. 2 St.-G.-B. die für die §§ 235 und 237 daselbst im E. G. z. B.G.B. Art. 34 vorgesehenen Aenderungen vorzunehmen d. h. das Antragsrecht auch dem Pfleger der minderjährigen Verführten zu geben. Man denke an den Fall, dass der Vater sich um die Person seiner mutterlosen Tochter nicht kümmert und ihr gemäss § 1909 B.G.B. ein Pfleger für die persönlichen Angelegenheiten bestellt ist.

zwischen Beistand und dem Minderjährigen nicht besteht,[1]) ist der Beistand auch nicht Kurator im Sinne des Strafgesetzbuchs. Dies ist er nur dann und insoweit, als ihm das Vormundschaftsgericht gemäss § 1693 B. G. B. auf Antrag der Mutter die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise überträgt. Denn insoweit dies geschieht, hat er die Rechte und Pflichten eines Pflegers.[2])

II. Die Z. 3 des § 266 St.-G.-B. führt als taugliche Subjekte der Untreue die schon in Z. 2 des § 246 des Strafgesetzbuchs f. d. Preuss. Staaten bezeichneten Personenklassen auf. Die namentliche Aufzählung bestimmter Kategorien von Gewerbetreibenden — das preussische Strafgesetzbuch nannte nur Mäkler, Güterbestätiger und Schaffner — ist aus § 36 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 vervollständigt worden.[3])

Diese Aufzählung ist lediglich exemplikativ, sodass also auch jeder andere Gewerbetreibende, hinsichtlich dessen die clausula generalis der Z. 3 des § 266 zutrifft, geeignetes Deliktssubjekt ist, während andrerseits — dies geht aus dem Wort „andere" hervor — die beispielsweise namentlich Aufgezählten nur dann taugliche Subjekte der Untreue sind, wenn sie zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtet sind.[4])[5])[6])

---

[1]) vgl. auch Cosack, a. a. O.

[2]) Dass er nicht auch den Namen eines Pflegers hat, ist gleichgiltig, sofern ihm nur die spezifischen Pflichten eines Pflegers obliegen. Denn die namentliche Aufzählung im § 266 St.-G.-B. hat ja, wie wir oben erörterten, nur den Zweck, die Rechtsverhältnisse zu charakterisieren, innerhalb deren das Delikt der Untreue begangen werden kann.

Dass der Name nichts zur Sache thut, lehrt auch die S. 20 Note 3 angezogene Entscheidung des Reichsgerichts. Danach ist der Kurator einer städtischen Sparkasse nicht Kurator im Sinne der Z. 1 des § 266.

[3]) Sämtliche im § 266 Z. 3 des St.-G.-B. aufgeführten Personen vereinigt die Gewerbeordnung unter dem Sammelnamen: „Personen, welche die Beschaffenheit, Menge oder richtige Verpackung von Waren irgend einer Art feststellen."

[4]) Ammon S. 53.

[5]) Ob zu den Feldmessern auch die Markscheider gehören, — dafür Ammon S. 56; sein Argument, dass auch der § 36 der Gewerbeordnung, aus dem die Feldmesser in das Gesetz aufgenommen wurden, die Markscheider hierunter mitbegreife, wird von v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung N. 2 zu § 36 bekämpft — kann dahingestellt bleiben, da sie jedenfalls taugliche Subjekte der Untreue sind, falls sie überhaupt unter die clausula generalis fallen.

[6]) Nach v. Landmann a. a. O. N. 5 zu § 36 sind „Bracker" solche Personen, die sich gewerbsmässig mit der Aussonderung von Waren beschäftigen,

Eine besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhange die durch das neue Handelsgesetzbuch im Mäklerrecht geschaffene Veränderung. Danach haben die Handelsmäkler ihren publizistischen Charakter verloren; an die Stelle der amtlich bestellten Handelsmäkler sind die Handelsmäkler des § 93 des neuen Handelsgesetzbuchs, also blosse Privatvermittler, getreten. Der Handelsmäkler als solcher kann daher, da er in dieser seiner Eigenschaft von der Obrigkeit nicht verpflichtet wird, taugliches Subjekt der Untreue nicht mehr sein. Nicht ausgeschlossen ist aber, dass die Einleitung gewisser Verkäufe oder Käufe ausschliesslich den öffentlich dazu ermächtigten und angestellten Personen vorbehalten bleibt. Ist dies im einzelnen Falle ein Handelsmäkler, deren öffentliche Ermächtigung zu solchen Geschäften vorzugsweise in Aussicht genommen ist[1]), und trifft ferner — was sich nach Landesrecht bestimmt — das Erfordernis des von der Obrigkeit Verpflichtetseins zu,[2]) so wird er sich allerdings, soweit diese obrigkeitliche Verpflichtung reicht, der Untreue schuldig machen können.

§ 9.
Die Subjekte der Untreue aus § 266 Z. 2 des St.-G.-B's und der Veruntreuung.

Während wir oben festgestellt haben, dass das Gesetz die Möglichkeit der Thäterschaft bei der einfachen Unterschlagung subjektiv nicht beschränkt, können wir bezüglich des qualifizierten Falls der Unterschlagung, der sog. Veruntreuung, konstatieren, dass hier eine der Untreue — namentlich, wie unten zu erörtern ist, der aus Z. 2 des § 266 — ganz entsprechende Beschränkung in Ansehung der Deliktssubjekte erfolgt ist. Allerdings deutet

„Schauer" solche, welche die Entladung der Schiffe, „Stauer" solche, welche die kunstgemässe Beladung der Schiffe gewerbsmässig ausführen. Indessen sind diese Begriffe nach demselben Autor keineswegs feststehende. Die Stauer erwähnt § 514 des H.-G.-B.'s vom 10. Mai 1897; der Art. 389 des H.-G.-B.'s von 1861, welcher der Güterbestätiger gedachte, ist in das neue H.-G.-B. nicht aufgenommen, da sich sein Inhalt aus § 93 des neuen H.-G.-B.'s ergiebt. (vgl. Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Note 2 zu § 415.)

[1]) vgl. z. B. §§ 1221, 1235 B. G. B.

[2]) Bezüglich des preussischen Rechts vgl. Art. 13 des Preuss. Ausführungsgesetzes zum B. G. B.

die gesetzliche Fassung des § 246 St.-G.-B. zunächst nicht daraufhin. Aber bei näherer Betrachtung ergiebt sich, dass der Nebensatz: „wenn die Sache ihm anvertraut ist“ denselben Zweck hat, wie die Aufzählung der im § 266 St.-G.-B. sich findenden Personenkategorien.

Auch den Fall der Veruntreuung will das Gesetz durch diese Klausel auf ganz bestimmte Rechtsverhältnisse beschränken. Dass dies nicht — wie im § 266 – durch Bezeichnung des Thäters der Veruntreuung mit einem Gattungsnamen durchgeführt wird, rührt daher, dass es der Rechtssprache an einem Substantivum fehlt, welches die vom Gesetz gemeinten Rechtsverhältnisse deckt. Am passendsten wäre der Ausdruck „Treuhänder“. Ihn wollen wir im Folgenden zum Zwecke einer vergleichenden Gegenüberstellung mit den Bevollmächtigten gebrauchen, sodass wir den § 246 St.-G.-B. (qualifizierter Fall) wie folgt lesen:

„Wer eine fremde bewegliche Sache, die er als Treuhänder in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bestraft.“

I. Was zunächst die Bevollmächtigten des § 266 Z. 2 St.-G.-B. anlangt, so geht das Reichsgericht[1]) davon aus, dass Auftrag und Vollmacht zu unterscheiden sind. „Auftrag bedeutet — so führt es im Anschluss an *Windscheid*[2]) aus —, dass einer für einen Anderen etwas thun soll, Vollmacht, dass einer für einen Anderen etwas zu thun, die rechtliche Macht hat.“ In Rücksicht auf das nachfolgende „Auftraggeber“ sei indessen unter einem Bevollmächtigten nicht blos derjenige zu verstehen, der für und an Stelle des Machtgebers handelt, sondern auch derjenige, der im eigenen Namen mit dem Dritten handeln soll; andrerseits aber ist — und dies betont namentlich *Olshausen*[3]) — gerade durch die hervorragende Stelle, die dem Worte „Bevollmächtigter“ angewiesen ist, darauf hingewiesen, dass das Gesetz „die Übertragung und Übernahme von Rechtsgeschäften“ voraussetzt, umsomehr als sich hiermit der weitere Ausdruck „Auftraggeber“ verträgt. „Die Bevollmächtigung muss demnach, wie das Reichs-

[1]) E. 7,377.
[2]) Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I. § 74 Note 1a.
[3]) Note 6 zu § 266.

gericht sagt, die Übertragung einer namens des Machtgebers auszuübenden Verfügungsgewalt enthalten."

Von den in Praxis und Doktrin lebhaft erörterten Streitfragen darüber, welche Personen im Einzelnen „Bevollmächtigte" im Sinne der Z. 2 des § 266 St.-G.-B. sind, interessiert am meisten die, ob Beamte als solche hierher gehören. U. E. ist dies zu verneinen, weil die Anwendung civilrechtlicher Grundsätze auf das durch den Anstellungsvertrag begründete Dienstverhältnis zwischen Staat und Beamten unzulässig ist.[1]) Das Dienstverhältnis des Staatsbeamten ist nicht privat-rechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher Natur. Zwar setzt es Begründung durch einen Vertrag voraus, aber dieser ist kein Vertrag des Obligationenrechts, sondern „er begründet ein Gewaltverhältnis des Staates, eine besondere Gehorsams-, Treue- und Dienstpflicht des Beamten, andererseits eine Pflicht des Staates zum Schutze und zur Gewährung des zugesicherten Diensteinkommens". Eine Verletzung der Dienstpflicht des Beamten ist kein Kontraktsbruch, sondern ein Vergehen (Disziplinarvergehen) entsprechend der Felonie des Lehnsmannes.[2])[3])

II. Was den Begriff der anvertrauten Sache oder — wie wir sagen wollen — des Treuhänders einer Sache anlangt, so ist zu dessen Bestimmung, wie das Reichsgericht in feststehender Praxis[4])

---

[1]) vgl. Ammon a. a. O. S. 69; Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht. 2. Aufl. S. 417; 420—423, 414 Anm. 2, S. 387, 388o.

[2]) Laband, a. a. O. S. 418.

[3]) Der Gerichtsvollzieher wird, da sein Verhältnis zum Gläubiger allerdings auch civilrechtlichen Grundsätzen, denen des Mandats, unterliegt (vgl. R.-Ger. Entsch. in Civils. Bd. 16 S. 397 ff., Beschluss der verein. Civil-Senate vom 10. VI. 1886.), als Bevollmächtigter im Sinne unseres § gelten müssen. (So: Ammon S. 70; Meyer, Lehrb. § 114 S. 631.)

Dagegen dürfte die vom Reichsgericht (E. 19,271) angenommene Unterordnung der von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft unter die Bevollmächtigten nicht gerechtfertigt sein. Mag man immerhin mit Windscheid a. a. O. § 74 N. 1a im allgemeinen auch die auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Vertretungsmacht unter „Vollmacht" mitbegreifen, so schliesst doch im gegebenen Fall das Gesetz selbst diese weitere Ausdehnung des Vollmachtsbegriffes durch das nachfolgende „Auftraggeber" aus. (Ebenso: Ammon S. 61; Oppenhoff N. 14 zu § 266; Binding, Grundriss II. S. 220; A. M. Olshausen N. 6a zu § 266.)

[4]) E. 4,385. 11,85. 19,289.

sich entschieden hat, auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch zurückzugehen. Danach drückt das Wort „anvertrauen" aus, „dass einem Anderen eine thatsächliche Verfügungsgewalt unter dem Vertrauen eingeräumt wird, er werde die Gewalt nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen".[1] Somit hat im Falle des § 246 St.-G.-B. die unterschlagene Sache als anvertraut zu gelten, „wenn der Besitz oder Gewahrsam kraft eines Rechtsgeschäfts mit der Verpflichtung erlangt ist, sie zurückzugeben oder einem Dritten abzuliefern."[2]

Stellen wir dem die oben gewonnene Definition des Bevollmächtigten gegenüber, so ergiebt sich als gemeinsames charakteristisches Merkmal, dass sowohl im Falle der Untreue aus Z. 2 des § 266 St.-G.-B. wie in dem der Veruntreuung dem Thäter eine Verfügungsgewalt eingeräumt ist und zwar beide Male in dem Vertrauen, dass er sie nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen werde. Für die Untreue ergiebt sich diese fiduziarische Stellung des Bevollmächtigten aus dem ihm bei der Machtgebung erteilten Auftrage, der ihn verpflichtet, die ihm übertragene Machtstellung nur gemäss der Anweisung des Machtgebers zu gebrauchen.

Charakteristisches Unterscheidungsmerkmal des Treuhänders vom Bevollmächtigten ist, dass die Verfügungsgewalt des ersteren eine blos thatsächliche zu sein braucht, die des letzteren dagegen notwendig rechtlicher Natur d. h. mit der Uebertragung und Uebernahme von Rechtsgeschäften im Interesse des Auftraggebers verbunden sein muss.

II. Die Handlungsobjekte der Untreue und Unterschlagung.

§ 10.

Im Allgemeinen.

In seinem Werke: „Die Objekte des Verbrechens"[3]) sucht *Oppenheim* nachzuweisen, dass von den Unterscheidungen der verschiedenen Objekte des Verbrechens diejenige von Schutz- (Angriffs-)objekt auf der einen und von Verbrechensobjekt auf der anderen Seite die meiste Bedeutung hat.

---

[1]) E. 11,85.

[2]) E. 4,386.

[3]) Basel, 1894.

„Schutz- bezw. Angriffsobjekt, so definiert er,[1]) ist dasjenige Objekt, welches durch das einzelne Verbrechen angegriffen wird." „Objekt schlechthin des Verbrechens ist dasjenige Objekt, an welchem das Verbrechen begangen (bezw. welches durch das Verbrechen erzeugt werden muss), damit der das betreffende Verbrechen charakterisierende Angriff auf ein Schutzobjekt vorliegt."

Dieses Objekt schlechthin des Verbrechens ist nun regelmässig identisch mit dem Objekt der Verbrechenshandlung, dem „Handlungsobjekt" d. i. demjenigen Objekt, dessen Zusammenhang mit dem Subjekt durch die Handlung bezweckt war. Für unsere Darstellung identifizieren wir Handlungs- und Verbrechensobjekt, weil die Fälle, wo diese Identifizierung ausnahmsweise nicht zutrifft, hier nicht interessieren.

Endlich verwertet *Oppenheim* noch den Begriff des Definitionsobjektes. Er versteht hierunter diejenigen Objekte, welche nach der mit den Worten des Gesetzes ausgesprochenen Definition des Verbrechens als Objekte der Verbrechenshandlung erscheinen.[2])

Was nun zunächst die Definitionsobjekte unserer Delikte anlangt, so spricht das Gesetz im § 266 Z. 1 davon, dass der Thäter „absichtlich zum Nachteile der seiner Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handelt"; im § 266 Z. 3 sind Definitionsobjekt die zugleich das grammatische Objekt bildenden „Personen, deren Geschäfte die Feldmesser, Versteigerer u. s. w. besorgen". Anders dagegen im § 266 Z. 2 und im § 246: In beiden Fällen sind die Definitionsobjekte enger umschrieben. Die erstere Gesetzesstelle nennt in der Definition „Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers", die letztere „eine fremde bewegliche Sache, die der Thäter in Besitz oder Gewahrsam hat, bezw. die ihm anvertraut ist."

Schon diese Gegenüberstellung weist darauf hin, dass die Fälle des § 266 Z. 1 und 3 zu trennen sind von denen des § 266 Z 2, und dass die letztere Gesetzesstelle wiederum in Ansehung des Objekts der Verübung in naher Beziehung zu § 246 steht.

Im § 266 Z. 1 und 3 definiert, wie *Oppenheim*[3]) sagt, das Gesetz so, „dass als Definitionsobjekte Personen oder Sachen ange-

---

[1]) a. a. O. S. 194.
[2]) a. a. O. S. 148.
[3]) a. a. O. S. 224.

geben werden, die, weil ihnen Nachteile aus dem Verbrechen erwachsen, von einem generellen Standpunkt der Betrachtung aus als Objekt der verschiedenen unter die betreffenden Verbrechensdefinitionen fallenden Handlungen anzusehen sind." Im einzelnen können die verschiedenartigsten Handlungen unter das „zum Nachteil anvertrauter Personen oder Sachen handeln" oder „diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen", fallen.

Anders im § 266 Z. 2 und im § 246. In beiden Fällen geht das Gesetz speciell definierend vor. Es giebt schon in der Definition die Objekte an, an welchen das Verbrechen begangen werden muss. Hier ist es die „fremde, bewegliche Sache, die der Thäter in Besitz oder Gewahrsam hat, bezw. die ihm anvertraut ist", dort sind es „Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers", die in jedem einzelnen Fall notwendig Objekt der mit Strafe bedrohten Handlung sein müssen. M. a. W.: In beiden Gesetzesstellen sind die Handlungsobjekte schon in der gesetzlichen Definition verwertet, Handlungs- und Definitionsobjekt sind identisch.

Andererseits ergiebt sich gerade daraus, dass das Gesetz sowohl im § 246 wie im § 266 Z. 2 das Handlungsobjekt in der Definition nennt, dass dieses Objekt sich sicher abgrenzen lässt, dass also beide Delikte — wie *Oppenheim*[1]) sie nennt — Verbrechen mit ganz bestimmtem Objekt sind. Dagegen sind mit *Oppenheim* die in § 266 Z. 1 und 3 bedrohten Handlungen in die sogenannten „Verbrechen mit unbestimmtem Objekt" einzureihen, weil ihre Definition so generell gefasst ist, „dass Handlungen an den verschiedensten Objekten unter sie fallen."[2])

Die Darstellung der Untreue in ihrem Verhältnis zur Unterschlagung erleidet also rücksichtlich der Handlungsobjekte eine Einschränkung insofern, als nur die in § 266 Z. 2 genannten Objekte in Betracht zu ziehen sind. Die Aufgabe, die Objekte der in Z. 1 und 3 dieses Paragraphen bedrohten Handlungen zu betrachten, entfällt, „weil das Gesetz diese Objekte selbst nicht einzeln aufzählt, was auch unmöglich wäre und keinen praktischen Wert hätte".[3])

---

[1]) a. a. O. S. 222.

[2]) Derselbe ebenda S. 222.

[3]) Oppenheim a. a. O. S. 224.

§ 11.
Vermögensstück: bewegliche, im Besitz oder Gewahrsam des Thäters befndliche Sache.

I. § 246 St.-G.-B. nennt als Objekt der Unterschlagung eine bewegliche Sache, die der Thäter in Besitz oder Gewahrsam hat.

„Sache“ im Sinne des § 246 bedeutet körperliche Sache, „Körper im Sinne der Physik“.[1]) Namentlich ist also im Gegensatz zur Untreue Objekt der Unterschlagung niemals eine Forderung. Gerade dem Bedürfnis nach einem gesetzlichen Thatbestand, der sich — wie *Binding*[2]) sagt — als „Aneignung von Forderungen“ darstellt, sollte durch Aufnahme der Z. 2 des § 266 abgeholfen werden. Die Motive zum jetzigen § 246 St.-G.-B. sprechen sich hierüber, wie folgt, aus:

> „In der Praxis ist insbesondere noch die Frage vielfach erörtert worden, ob der Thatbestand der Unterschlagung auch auf die widerrechtliche Verfügung über fremde Vermögensrechte zum Nachteile des Berechtigten anwendbar sei. Man hat die Unterschlagung an einem blossen Forderungsrechte annehmen zu können geglaubt, obschon das Gesetz nur von einer körperlichen beweglichen Sache spricht, welche Gegenstand des Eigentums eines Anderen ist. Allein der Entwurf hat geglaubt, die hierher gehörigen Fälle unter den Begriff der Untreue stellen und daher im § 261 (jetzt: § 266) durch Beifügung der Bestimmung unter Nr. 2 erledigen, hierdurch aber einem allerdings in der Praxis hervorgetretenen und auch neuerdings wieder in der Wissenschaft eingehend erörterten Bedürfnisse Abhülfe verschaffen zu sollen.“

Für diese von den Motiven erwähnte Erweiterung des Thatbestandes der Unterschlagung ist das Ober-Tribunal unter der Herrschaft des Preussischen Strafgesetzbuchs (§ 225) eingetreten. So nahm es unbedenklich eine Unterschlagung an, wenn der eine von mehreren Mitspielern eines Lotterielooses den darauf entfallenen Gewinn allein erhebt und ohne Rücksicht auf die Beteiligung der Mitspieler in eigenem Nutzen ver-

---

[1]) Frank zu § 242, I.

[2]) Grundriss II. § 187. S. 218.

wendet.[1]) Das Urteil des Obertribunals vom 30. Oktober 1861 kam zu dieser Entscheidung in der Erwägung, „dass der § 225 nicht schlechterdings ein vorhandenes Eigentum an einer greifbaren Spezies habe berücksichtigen wollen, vielmehr auch die treulose Verletzung des Eigentums an Rechten auf bestimmte Sachen, deren Realisierung der Berechtigte für sich einem Anderen übertragen hat, in sich befassen sollte. Dies sei — so führte es weiter aus — schon um deshalb anzunehmen, weil sonst das Strafgesetzbuch eine unerklärliche Lücke in Hinsicht auf die Treulosigkeiten der Verwalter und Bevollmächtigten gegen die frühere Landesgesetzgebung (Th. II, Tit. 20 § 1373 des Allg. Landrechtes) und selbst das Deutsche gemeine Recht (Peinliche Gerichts-Ordnung Art. 170) darbieten würde“.

Unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuchs ist dieser Praxis, die übrigens schon den Wortlaut des § 246 gegen sich hat, nach Aufnahme der Z. 2 des § 266 vollends der Boden entzogen.

Das weitere Thatbestandsmerkmal der Beweglichkeit des Unterschlagungsobjektes ist mit der herrschenden Meinung in rein thatsächlichem Sinne („bewegbar“) zu verstehen; es ist also insbesondere nicht etwa dem massgebenden Civilrecht die Entscheidung über den Begriff der Beweglichkeit zu entnehmen.

Besitz oder Gewahrsam des Thäters an der Sache ist mit dem Reichsgericht[2]) „wegen des an sich völlig klaren und bestimmten Wortlautes“ nicht als blosse Verneinung der entsprechenden Thatbestandsmerkmale des Diebstahls aufzufassen; dieses Thatbestandsmerkmal ist also nicht bloss negativ dahin zu verstehen, dass der Thäter, wie *Binding*[3]) sagt, die Sache nicht „durch Diebsgriff“ erlangt haben darf; vielmehr bedeutet es positiv, dass der Thäter im Augenblicke der Unterschlagung „eine vom Herrscherwillen getragene thatsächliche Herrschaft“[4]) über die

[1]) vgl. Urteil vom 30. Oktober 1861 — Goltdammer's Archiv X, S. 8 — und vom 10. November 1865 — Oppenhoff, Bd. VI, S. 450 —; vgl. ferner Goltdammer in s. Archiv f. Preuss. Strafrecht Bd. XI, S. 309-314 „Über die Unterschlagung von Rechten“, und C. v. Stemann, Die Vergehen der Unterschlagung und Untreue, Kiel 1870. S. 15.

[2]) E. 19,38 ff.

[3]) Grundriss II. S. 143. § 171.

[4]) v. Liszt, Lehrb S. 447. § 125.

Sache gehabt haben muss. Die Art und Weise der Erlangung des Gewahrsams ist nur insofern von Bedeutung, als das Gesetz die Unterschlagung anvertrauter Sachen qualifiziert.[1])

Endlich ist zu bemerken, dass sich aus dem Begriff der Sache keineswegs das Erfordernis, dass sie einen in Geld abschätzbaren Tausch- oder Handelswert haben müsse, ableiten lässt.

II. Den unter I. erörterten Thatbestandsmerkmalen der Unterschlagung entsprechen im § 266 Z. 2 die „Forderungen oder anderen Vermögensstücke."

Aus dem Ausdruck: „Vermögensstück" ergiebt sich, dass das Gesetz hier Einzelbestandteile des Aktivvermögens meint. Aktivvermögen ist, wenn wir den civilrechtlich hergebrachten Begriff zu Grunde legen, „die Gesamtheit der geldwerten Rechte einer Person."[2]) Unterstützt wird diese Auffassung dadurch, dass das Gesetz die Forderungen, also Rechte, die es mit Rücksicht auf § 246 besonders erwähnt, als Vermögensstücke bezeichnet und dass die in den Worten: „Forderungen oder andere Vermögensstücke" ausgesprochene Gleichstellung auf die Gleichartigkeit der unter Vermögensstücke verstandenen Gegenstände und der Forderungen — also auf ihren gemeinsamen Charakter von Rechten — schliessen lässt.[3])

Besonders erörtert wird von Theorie und Praxis die Frage, ob ein Wechselaccept, solange der Wechsel sich noch beim Acceptanten oder dessen Bevollmächtigten befindet und noch nicht in Umlauf gesetzt ist, Vermögensstück im Sinne unseres Paragraphen ist. Das Reichsgericht hat sich in feststehender Praxis[4]) dafür entschieden. Richtiger dürfte die Frage wohl zu verneinen sein. Die überfeine reichsgerichtliche Konstruktion, dass die Fortdauer des Besitzes und Eigentums am Accept den Acceptanten davor schütze, durch rechtswidrigen Gebrauch des Papieres ärmer gemacht zu werden, hält der einfachen Erwägung, dass ein solches

---

[1]) vgl. hierüber oben S. 25/26.

[2]) Dernburg, Pandekten I. § 22. 4. Aufl.

[3]) So besonders v. Liszt, Lehrb. § 133, der in der gebräuchlichen Weise statt des Eigentumsrechtes die Sache, an der es besteht, bezeichnet und als mögliche Objekte der Untreue aus § 266 Z. 2: „bewegliche, unbewegliche Sachen, Rechte" nennt, ebenso Ammon, S. 74.

[4]) vgl. Entsch. Bd. 10, S. 385; 13, S. 376; 23, S. 315.

Accept dem Acceptanten weder selbständig Werte zuführt, noch — wie das z. B. bei Schuldverschreibungen der Fall ist — die Sicherheit der Realisierung bestehender Vermögenswerte erhöht, nicht Stand. Auch ist gegen die reichsgerichtliche Auffassung von *Binding*[1]) mit Recht eingewendet worden, dass das Accept juristisch für den Acceptanten immer nur eine Verpflichtungsurkunde ist.[2])

§ 12.

Fremde Sache: Vermögensstück des Auftraggebers.

In dem Erfordernis der „fremden" Sache des § 246 St.-G.-B. liegt einmal, dass die Sache überhaupt Gegenstand des Eigentumsrechtes zur Zeit der Zueignung gewesen sein muss und ferner, dass zu dieser Zeit Subjekt dieses Rechts nicht der Thäter selbst gewesen sein darf. Mithin ist eine Unterschlagung sowohl an der herrenlosen wie an der dem Thäter gehörenden Sache ausgeschlossen. Die Frage nun, wer Eigentümer und insbesondere, ob der Thäter Eigentümer der Sache ist, ist — das dürfte jetzt wohl allgemein anerkannt sein — ausschliesslich nach den Grundsätzen des jeweils massgebenden Civilrechts zu beantworten.

In dieser Beziehung vertrat das Preussische Ober-Tribunal einen anderen Standpunkt. Und zwar kam es dazu auf Grund der in den § 225 des Preussischen Strafgesetzbuches aus dem französischen Delikt des abus de confiance aufgenommenen Worte: „Zum Nachteile des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers". Sie waren die Veranlassung, dass dem die Unterschlagung behandelnden § 225 des Preuss. Strafgesetzbuchs auch die Zweckbestimmung des „abus de confiance", nämlich „die Sicherung und Wahrung von Treu und Glauben im Verkehrsleben" untergeschoben wurde.[3]) Die natürliche Konsequenz dieser Auffassung war es, dass man. um dieser vermeintlichen Zweckbestimmung des § 225 zu genügen, das Erfordernis der fremden Sache in freier Weise behandelte und schliesslich in der Frage nach dem Eigentumsübergang durch Tradition zur Konstruktion eines besonderen strafrechtlichen Eigen-

---

[1]) Grundriss II. § 187. S. 222. N. 1.

[2]) Den Charakter einer blossen Verpflichtungsurkunde verliert das Accept aber in dem Falle, wo der Acceptant den Wechsel zugleich auf sich hat indossieren lassen.

[3]) vgl. Kapff, Die Unterschlagung, S. 38.

tumsbegriffes gelangte. Danach sei — wie das Urteil des Preuss. Obertribunals vom 5. Dezember 1867[1]) ausführt — für die Anwendung des § 225 Preuss. St.-G.-B. nicht das durch die Transaktion geschaffene civilrechtliche Eigentumsverhältnis, sondern das zwischen den Beteiligten bestehende Obligationsverhältnis, die zwischen ihnen getroffene Übereinkunft massgebend, und unter der fremden Sache des § 225 sei eine solche zu verstehen, welche der Detinent nach dem von ihm verletzten obligatorischen Verhältnis den mit ihm im Obligationsnexus stehenden Personen gegenüber nicht als eigene Sache habe betrachten dürfen.

Diese Ignorierung der civilrechtlichen Regeln über den Eigentumserwerb hatte zur Folge, dass eine Unterschlagung auch an einer Sache möglich war, die nach diesen Regeln im Eigentume des Thäters stand. Damit wurde der Schwerpunkt der Unterschlagung verlegt, und die Auflösung derselben in ein Delikt, das die Verletzung besonderer obligatorischer Pflichten kriminalisieren soll, also — wie unten zu zeigen sein wird — in das der Untreue stand bevor.

Durch die Nichtaufnahme der dem französischen Recht entlehnten Worte ist diese Entwicklung aufgehalten worden, und heute gilt, wie schon das Erkenntnis des Kgl. Preuss. O.-App.-Ger. vom 27. April 1872[2]) ausführt, dass „der Gegensatz zwischen fremder und eigener Sache nicht nach dem unklaren Sprachgebrauch des gemeinen Lebens bemessen werden kann, welcher nicht selten das kontraktliche Forderungsrecht auf eine Sache mit schon erworbenem Eigentum daran verwechselt, sondern der Nachweis fremden Eigentumes nach Rechtsbegriffen erfordert werden muss.“

II. Völlig entsprechend ist in § 266 Z. 2 des St.-G.-Bs. das Erfordernis, dass die Forderungen oder anderen Vermögensstücke solche des Auftraggebers sein müssen. Dementsprechend müssen auch hier über die Zugehörigkeit der Vermögensstücke zum Vermögen des Auftraggebers lediglich die Grundsätze des massgebenden Civilrechts entscheiden. Principiell sind daher nur Sachen, die nach diesen civilrechtlichen Regeln im Eigentum des Auftraggebers stehen, nur Rechte, deren Subjekt nach civilrechtlichen

[1]) citiert bei Goltdammer, Archiv f. Strafrecht Bd. XVI, S. 233.
[2]) citiert bei Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis Bd. I, S. 357.

Grundsätzen der Auftraggeber ist, taugliche Handlungsobjekte der Untreue aus § 266 Z. 2 des St.-G.-Bs.

Eine Ausnahme hiervon wird man in sinngemässer Auslegung unseres Paragraphen in den Fällen anerkennen müssen, in denen der Auftraggeber nur die ausschliessliche Herrschaft über das betreffende Vermögensrecht nach den Grundsätzen des massgebenden Civilrechts ausübt, während Subjekt des Rechts eine andere Person ist, die kraft gesetzlicher Vorschrift die Verfügungen dieser ersten Person, des Auftraggebers, anzuerkennen hat.[1])

Daher werden insbesondere, wenn der Auftraggeber ein Vormund oder Konkursverwalter ist, die zum Mündelvermögen bezw. zur Masse gehörenden Vermögensrechte als solche des Auftraggebers im Sinne der Z. 2 des § 266 St.-G.-B. zu gelten haben.[2])

III. Gegenüber dem § 246 ist der Thatbestand des § 266 Z. 2 St.-G.-B., was das Handlungsobjekt anlangt, also in dreifacher Beziehung erweitert:

1. Das Erfordernis der Körperlichkeit des Handlungsobjekts ist im § 266 Z. 2 fallen gelassen, sodass Handlungsobjekt auch ein unkörperlicher Gegenstand sein kann.

   Soweit es sich aber um körperliche Sachen handelt, sind

2. nicht bloss bewegliche, sondern auch unbewegliche taugliche Handlungsobjekte der Untreue; nnd es wird auch

3. Besitz oder Gewahrsam des Bevollmächtigten zur Zeit der Untreuehandlung nicht erfordert.[3])

Dagegen ist eine dringend empfundene Lücke des bisherigen Strafrechts, die durch das Delikt der Unterschlagung, wie es sich heute gestaltet hat, nicht beseitigt werden kann, deren Beseitigung vielmehr gerade durch eine Erweiterung des Delikts der Untreue erfolgen müsste, trotz der Z. 2 des § 266 St.-G.-B. bestehen geblieben.

In allen den Fällen nämlich, wo die Vermögensstücke nach den Regeln des massgebenden Civilrechts dem Bevollmächtigten zustehen, sind sie untaugliche Objekte der Untreue. Insbesondere

---

[1]) vgl. Olshausen, Note 8b zu § 266.

[2]) Binding, Grundriss II, S. 222.

[3]) Anders der oben Seite 14 angezogene Art. 287 Abs. 2 des sächs. St.-G.-Bs. von 1868. Er schliesst solche Vermögensstücke des Geschäftsherrn, die sich im Besitze des Geschäftsführers befinden, als Objekte der Untreuehandlung aus.

ist also Untreue begangen durch Verfügung über körperliche Sachen, die nach civilrechtlichen Regeln Eigentum des Bevollmächtigten geworden sind, schlechthin ausgeschlossen. Und doch wäre es de lege ferenda dringend geboten, auch diese Fälle in das Delikt der Untreue mit einzubeziehen, „soweit sich bei ihnen der Eigentumsübergang unter Umständen vollzieht, welche die ihm sonst für die strafrechtliche Beurteilung der That zukommende Bedeutung wesentlich verringern“.[1])

Insbesondere ist hierbei an Fälle gedacht, wo ein Bevollmächtigter — z. B. ein Kommissionär — für den Auftraggeber Sachen an- oder verkauft, ohne dass dem Vertragsgegner das Stellvertretungsverhältnis bekannt ist. Nach den Regeln des Civilrechts wird der Bevollmächtigte hier Eigentümer der gekauften Sachen bezw. des Erlöses der verkauften Sachen, und zwar sowohl dann, wenn er das Eigentum der ihm vom Vertragsgegner übergebenen Sache wirklich für sich erwerben will — möglicher Weise in der Absicht, es nachher auf seinen Machtgeber weiterzuübertragen — als auch dann, wenn er die Absicht hat, das Eigentum für seinen Machtgeber zu erwerben, diese Absicht aber dem andern Teil nicht erkennbar ist. Denn der im letzteren Falle vorliegende Mangel des Willens, für sich zu erwerben, kommt, da der Wille in fremdem Namen zu handeln nicht erkennbar hervortritt, nicht in Betracht. (vgl. § 164 Abs. 2 des B. G.-Bs.)[2])

---

[1]) Merkel in Holtzend. Handb. d. deutsch Strafr. III Abschn. XXII. § 13. N. 5. S. 783.

[2]) So Planck i. s. Kommentar zum B. G.-B. (2. Aufl.) Note 2 zu § 164. — Anderer Meinung ist bezüglich der letzeren Alternative Leonhard, Der Allg. Teil des B. G.-B. — 1900 — S. 364 ff. Er führt aus, dass es in den Fällen, wo der eine Teil den Umständen nach mit der Möglichkeit, dass der andere nicht im eigenen Namen kontrahieren werde, rechnen könne, kraft stillschweigenden Einverständnisses der Entscheidung des anderen anheimgestellt zu werden pflege, für wen das Geschäft geschlossen sein solle. Der Fall sei genau so zu behandeln, wie die Fälle, in denen mit einem Vertreter unter alternativer Bestimmung des Geschäftsherrn ein Geschäft abgeschlossen werde, d. h. so, dass entweder A. oder dass B. der Geschäftsherr sein solle. Ein Unterschied bestehe nur insofern, als der andere Teil selbst eventuell die Rolle des Geschäftsherrn übernehmen, das Geschäft also auf sich selbst konzentrieren könne. Dies gelte namentlich auch für die praktisch so sehr häufigen Barkäufe der Dienstboten in offenen Läden. In diesen Fällen überlasse der Kaufmann die Frage, ob der abschliessende Dienstbote für sich oder seinen Herrn gehandelt habe, lediglich dem Dienstboten zur Entscheidung, weil ihm beides ganz gleichgültig sei. — Das B. G.-B. statuiere das

Vom Standpunkt des geltenden Rechts kann man diesen Fällen nur so strafrechtlich beikommen, dass man den Bevollmächtigten der Untreue begangen an den ihm zur Realisierung seines Auftrages eingehändigten Vermögensstücken des Auftraggebers (also z. B. der zu verkaufenden Sache, den zum Ankauf einer Sache übergebenen Geldmitteln) zeiht. Aber auch diese Möglichkeit der strafrechtlichen Auffassung wird in der Mehrzahl der Fälle daran scheitern, dass von zwei Thatbestandsmerkmalen, deren kumulatives Vorhandensein erforderlich ist, das eine oder andere fehlt:

1. So wird auch bei dieser Art der strafrechtlichen Beurteilung das Erfordernis, dass auch hier die Vermögensstücke solche des Auftraggebers in dem oben erörterten Sinne sein müssen, Schwierigkeiten machen.[1])

Offenheitsprinzip bei der Stellvertretung nur insofern, als der Vertreter seine Vertretereigenschaft nicht gerade „verdecken“ d. h. dissimulieren dürfe. Durch blosse Alternativität der Bestimmung des Geschäftsherrn werde gegen das Offenheitsprincip nicht verstossen, weil die Parteien mit der Möglichkeit, dass der für einen andern Handelnde das Geschäft auf diesen konzentriere, als etwas Selbstverständlichem rechneten. Der Vertreter müsse — wenn man im Stile der Cohn'schen Sprichwörter reden wolle — offen sein, aber nicht geradezu redselig.

Die Leonhard'sche Ansicht hat u. E. die strikte Fassung des § 164 B. G.-B. zu sehr gegen sich. Das Gesetz verlangt eben in solchen Fällen, wo es die Umstände zweifelhaft lassen, ob jemand im eigenen oder fremden Namen kontrahieren wolle, von dem andern Teil, dass er „rede“, wenn er das Geschäft nicht auf sich sitzen lassen will. Es will u. E. durch seine Fassung geradezu ausschliessen, dass es in solchen Fällen der Entscheidung des Vertreters anheimgestellt bleiben solle, auf wen er das Geschäft konzentriert. Dass kraft stillschweigenden Einverständnisses der Parteien dem Vertreter thatsächlich ein solches Konzentrationsrecht gegeben zu werden pflegt, ist eine Behauptung, deren Richtigkeit sich schwer nachprüfen lässt. Sind nicht doch Fälle denkbar, in denen der Kaufmann ein Interesse daran hat. nur mit dem das Geschäft Abschliessenden zu kontrahieren, nicht aber dessen Bestimmung entscheiden zu lassen, für wen das Geschäft geschlossen sein soll? Der Gesammtabstimmung der Kaufleute, die, wie Leonhard a. a. O. S. 367 N. 2 meint, gegen Planck entscheiden würde, stehe ich jedenfalls sehr skeptisch gegenüber. Die meisten würden, wenn sie ehrlich sein wollten, mit „non liquet“ stimmen müssen.

[1]) Es ist hierbei insbesondere an die Fälle gedacht, in denen der Bevollmächtigte über Geld des Auftraggebers absichtlich zu dessen Nachteil verfügt. Da das B. G.-B. für die Vermischung von Geld nicht besondere Regeln aufstellt, sondern für diesen Fall die Regeln über Verbindung beweglicher Sachen für anwendbar erklärt (§§ 947, 948 a. a, O), so wird allerdings der Bevollmächtigte

2. Eine weitere — allerdings mehr prozessuale — Schwierigkeit erwächst daraus, dass der Bevollmächtigte nachweislich schon im Augenblick der Verfügung über die Vermögensstücke die Absicht, seinen Auftraggeber zu benachteiligen gehabt haben muss. Das Vorhandensein dieser Absicht in dem relevanten Zeitpunkt dürfte sich nämlich in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle nur auf Grund des Geständnisses des Thäters erweisen lassen.

Diese Fälle waren es ja, welche das Obertribunal veranlassten, bei Anwendung des § 225 des preuss. St.-G.-Bs. den Begriff eines strafrechtlichen Eigentumes aufzustellen, damit nicht Fälle straflos blieben, welche nach der Volksanschauung bezüglich der Strafwürdigkeit der Unterschlagung völlig gleich stehen. Ex professo handelt hierüber der Aufsatz in *Goltdammer's* Archiv[1]) von Dr. H. A.: „Zum Thatbestand von Unterschlagung und Untreue". Der Verfasser schlägt daselbst[2]), um die gedachten Fälle in das Gebiet des Strafbaren zu ziehen, an Stelle des jetzigen § 266 Z. 2 die folgende Fassung vor:

> „Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke ihres Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügen oder absichtlich zum Nachteil desselben handeln."

So lange nun diese Ergänzung des § 266 St.-G.-B. nicht erfolgt ist, dürfen wir „die Erwägung, dass die civilrechtlichen Grundsätze gerade hier nicht ausreichend sind, um das kriminalistische Bedürfnis zu decken, nicht zum Auslegungsmotiv machen."[3]) Diesen Fehler begeht *Kronecker.*[4])

Eigentümer der mit seinem Gelde vermischten Geldstücke des Auftraggebers nur dann, wenn eine der mit einander vermischten Geldmengen nicht mehr bestimmbar ist. Diese Fälle werden aber praktisch nicht selten sein. —

Man denke ferner an den Fall, dass der Auftraggeber dem Bevollmächtigten Wertpapiere — z. B. Banknoten — aushändigt, die dieser mit Einverständnis des Auftraggebers erst bei einem Dritten, dem das Stellvertretungsverhältnis unbekannt ist, umsetzt, um sich die zur Realisierung des Auftrags notwendigen Barmittel zu verschaffen. Durch Verfügung über die so erlösten Barmittel kann nunmehr, da sie in das Eigentum des Bevollmächtigten gelangt sind, von diesem eine Untreue nicht begangen werden.

[1]) Bd. 36 — 1888 — S. 346—369.

[2]) S. 369.

[3]) Merkel in Holtzend. Handb. III. S. 694.

[4]) Goltdammer's Archiv für Strafr. Bd. 34 — 1886 — S. 402—409.

Er will schon de lege lata die gedachte Gesetzeslücke ausfüllen und rüttelt an dem Begriff des Vermögensstücks. Ihm ist „Vermögensstück" kein civilistischer, sondern ein wirtschaftlicher Begriff. Der Bevollmächtigte, der Forderungen des Auftraggebers einzieht und den in sein Eigentum gelangten Erlös für sich verwendet, ohne ersatzfähig und ersatzwillig zu sein, mache sich der Untreue schuldig. Denn wenn er auch civilistisch Eigentümer des Erlöses geworden sei, da er im eigenen Namen gehandelt habe, so sei doch sein Verhältnis zum Machtgeber wirtschaftlich dasselbe, wie wenn er in dessen Namen gehandelt hätte. In allen Fällen sei er für den Machtgeber thätig geworden, und wenn er sich in die Unmöglichkeit versetzt habe, zu der vertragsmässigen Zeit die Geldsumme abzuliefern, so habe er über das in dieser Summe bestehende Vermögensstück des Auftraggebers im Sinne des § 266 Z. 2 des Strafgesetzbuchs absichtlich zu dessen Nachteil verfügt.

Gegen die *Kronecker*'sche Auffassung spricht einmal schon die Geschichte der Z. 2 des § 266. Es liegt sehr nahe, zu sagen, dass, wie im § 246 St.-G.-B. das Erfordernis der fremden Sache lediglich vom Standpunkte des Civilrechts zu beurteilen ist — was *Kronecker* selbst anerkennt, — so auch in der im engsten Anschluss an § 246 entstandenen Z. 2 des § 266 lediglich das Civilrecht die Instanz ist, die entscheidet, wem die dort genannten Vermögensstücke zugehören.

Sodann aber lässt sich *Kronecker* gegenüber einwenden, dass der Begriff der im § 266 Z. 2 genannten „Forderung" ein rein civilrechtlicher ist. Was eine Forderung ist, wer Subjekt dieser Forderung ist, darüber kann uns nur das Civilrecht befriedigenden Aufschluss erteilen. Nun sind aber die Forderungen nach dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes Vermögensstücke. Sonderbar wäre es nun, wenn uns das Gesetz bezüglich der Frage, wem das Vermögensstück zugehört, hinsichtlich der einen Vermögensstücke an das Civilrecht, hinsichtlich der anderen an die Wirtschaftslehre verwiese. — Alles dies spricht u. E. zur Genüge gegen die *Kronecker*'sche Auffassung.

Die Gesetzeslücke, deren Vorhandensein wir wohl anerkennen, und die mit Rücksicht auf den unten näher zu würdigenden Charakter der Unterschlagung als eines reinen Eigentumsdelikts

nur durch das Delikt der Untreue beseitigt werden kann,[1]) auszufüllen, ist Sache des Gesetzgebers, nicht des Richters, ganz besonders nicht des Strafrichters, für den das: „Sed lex ita scripta!" mit ausnehmender Strenge gilt.[2])

III. Die Handlung bei der Untreue und Unterschlagung.

§ 13.

Im Allgemeinen.

Eine ähnlich unterscheidende Betrachtungsweise wie sie hinsichtlich der Handlungsobjekte unserer Delikte beobachtet wurde, ist auch in Ansehung der Handlungen angezeigt.

In § 266 Z. 1 des St.-G.-Bs. ist Thatbestandserfordernis, dass die Vormünder, Kuratoren u. s. w. absichtlich zum Nachteile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln; in § 266 Z. 3 St.-G.-B., dass die Feldmesser, Versteigerer u. s. w. bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Enger ist wiederum der Handlungsbegriff in § 266 Z. 2 St.-G.-B. umschrieben. Das Gesetz spricht hier von einer dem Auftraggeber nachteiligen Verfügung über dessen Vermögensstücke. Es wird also nicht jede dem Auftraggeber nachteilige Handlung des Bevollmächtigten als Untreue bestraft, sondern nur die, welche eine Verfügung über die Vermögensstücke des Auftraggebers enthält. Das Gesetz fordert also ganz analog der rechtswidrigen Zueignung im § 246 St.-G.-B., nur unter entsprechender, dem weiteren Umfange des Handlungsobjektsbegriffs im § 266 Z. 2 angepasster Erweiterung des Handlungsbegriffs, dass die Handlung in bestimmter Weise das Verhältnis des Auftraggebers zu einem ihm zugehörenden Vermögensstück berühre.

Dementsprechend werden wir auch hier § 246 mit Z. 2 des § 266 in Parallele setzen, vorerst aber den Handlungsbegriff in den Z. 1 und 3 des § 266 einer besonderen Erörterung unterziehen

---

[1]) vgl. Meyer, Lehrb. S. 541 N. 15.

[2]) vgl. Merkel in Holtzend. Handb. III. S. 653.

§ 14.
Die Handlung in § 266 Z. 1 und 3 des Strafgesetzbuches.

Was die Begriffsbestimmung der in Z. 1 und 3 des § 266 gedachten Handlungen anlangt, so hat diese bei dem Begriff des Nachteils einzusetzen, den das Gesetz in beiden Gesetzesstellen zur näheren Begrenzung der Thatbestandshandlung verwendet. Zweifel bestehen vor allem hinsichtlich des Umfanges des Nachteilbegriffes. Die einen [1]) wollen den Begriff des Nachteils auf jede Benachteiligung, insbesondere also nicht bloss die vermögensrechtliche, sondern auch die persönliche ausdehnen.

Die überwiegende Meinung [2]) dagegen beschränkt mit dem Reichsgericht [3]) die Benachteiligung auf das Gebiet des Vermögensrechtes.

Der Begriff des Nachteils — so führen die ersteren aus — umfasse an sich jede Benachteiligung, nicht blos die vermögensrechtliche; es bedürfe daher zu einer einschränkenden Auslegung eines bestimmten Anhalts. Dieser fehle nicht nur ganz, sondern es fänden sich sogar bestimmte Anhaltspunkte dafür, dass das Gesetz hier den Nachteil im umfassendsten Sinne verstanden wissen wolle. Da, wo es den Nachteil auf das Gebiet des Vermögensrechts beschränke, pflege es ausdrücklich von einem „Vermögens"nachteil zu sprechen. Im Absatz 2 des § 266 St.-G.-B. werde der Ausdruck „Vermögens"vorteil gebraucht. Wenn anders man das Gesetz nicht einer bedenklichen Nachlässigkeit im Ausdrucke zeihen wolle, so könne man es nur durch die Annahme einer bewussten Abweichung vom herkömmlichen Sprachgebrauch rechtfertigen, dass im Abs. 1 der Ausdruck „Vermögens"nachteil, das natürliche Korrelat des Ausdrucks: „Vermögens"vorteil, nicht verwendet werde.

Ammon operiert, um seine Ansicht zu begründen, noch mit einem der Z. 1 des § 266 St.-G.-B. entnommenen Argument. Hier erwähne das Gesetz ausdrücklich neben den anvertrauten

---

[1]) Rubo, Kommentar über das St.-G.-B. (1879.) zu § 266 N. 4. Ammon, Die Untreue § 4, VII. S. 44—47. § 5, II. S. 59. Meyer, Lehrb., § 114 unter 4a, b.

[2]) vgl. u. a. Hälschner, Das gem. deutsche Strafr. Bd. II. 1. Abt. § 114. v. Liszt, Lehrb. § 133, S. 483. Binding, Grundriss II. § 187, S. 218. Frank, zu § 266, I. Olshausen zu § 266, 2a.

[3]) Entsch. Bd. 16, S. 77, insbes. S. 79.

Sachen noch die „anvertrauten Personen“ als (Definitions-) Objekte der benachteiligenden Handlung. Diese Erwähnung sei zwecklos, wenn das Gesetz den Nachteil nur auf das Gebiet der vermögensrechtlichen Interessen beschränken wolle.

Trotz dieser Argumente dürfte doch die herrschende Meinung, die den Nachteil im § 266 durchweg als „Vermögens“nachteil fasst, den Vorzug verdienen.

Gegenüber dem letzten Argument hat schon das Reichsgericht[1]) geltend gemacht, dass die Personen und Sachen deshalb im § 266 Z. 1 neben einander angeführt sind, „weil ein Teil der Personen, welche als zu besonderer Treue verpflichtet benannt sind, wie die Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter u. s. w. eben nur mit der Sorge für anvertraute Sachen befasst ist.“ Der Gleichstellung „anvertraute Personen oder Sachen“ entspricht also nicht — wie *Ammon* argumentiert — die Gleichstellung: „persönliche oder vermögensrechtliche Benachteiligung.“ Vielmehr ist die Benachteiligung in allen Fällen eine vermögensrechtliche, aber — und das ist der Sinn der Unterscheidung — nicht in allen Fällen genügt zur Erfüllung des Thatbestandes die vermögensrechtliche Benachteiligung schlechthin. Es ist vielmehr weiter erforderlich, dass der eingetretene Nachteil zugleich als Nachteil der Person oder Sache sich darstellt, in Ansehung welcher das Treuverhältnis der in Z 1 des § 266 namhaft gemachten Personen begründet ist. Von Bedeutung wird dies namentlich bei den in Bezug auf eine einzelne Sache oder einen Sachinbegriff begründeten Treuverhältnissen. Nur wenn die vermögensrechtliche Benachteiligung an einer von dem Treuverhältnis umfassten Sache in die Erscheinung tritt, entspricht sie den Erfordernissen des § 266 Z. 1 St.-G.-B. So benachteiligt der Pfleger eines Hauses durch Unterschlagung der Mietsgelder wohl den zu ihrem Bezuge Berechtigten, aber nicht das Haus. Er macht sich daher auch keiner Untreue schuldig.[2])

Aber mehr als diese spezielle Argumentation muss ein allgemeines Argument zu Gunsten der gemeinen Meinung sprechen. Wenn man wirklich mit den Gegnern den Nachteil des § 266 über das Gebiet der vermögensrechtlichen Interessen ausdehnen

---

[1]) Entsch. Bd. 16, S. 79/80.

[2]) R.-Ger. Entsch. Bd. 23, S. 280. vgl. Frank, I zu § 266.

wollte, so hätte der Gesetzgeber — allerdings unter Beschränkung auf die von ihm erschöpfend aufgezählten typischen Rechtsverhältnisse — hier einen Thatbestand geschaffen, der „dem menschlichen Dasein des als Einzelwesen betrachteten Menschen in seinen verschiedenen Ausgestaltungen"[1]) strafrechtlichen Schutz gegenüber irgend welchen Antastungen angedeihen lässt. Ein derartiger Thatbestand — selbst in seiner Beschränkung auf die typischen Rechtsverhältnisse des § 266 — ist vom Standpunkt des heutigen Rechts mit *Binding*[2]) als „einfach ungeheuerlich" zu bezeichnen.[3])

Was die Vollendung der Delikte des § 266 Z. 1 und 3 anlangt, so ist nach der herrschenden Meinung[4]) der wirkliche Eintritt eines solchen Nachteils erforderlich. Bezüglich der Z. 3 ist eine andere Auffassung wohl auch durch das „benachteiligen" ausgeschlossen. Dagegen hat der Wortlaut der Z. 1 „zum Nachteil handeln" zu der Auslegung geführt, dass schon ein Verhalten des Thäters, welches geeignet ist, einen Nachteil herbeizuführen, zur Thatbestandserfüllung genüge. Hiergegen macht das Reichsgericht[5]) mit Recht geltend, „dass alle drei Nummern den Thatbestand der Untreue betreffen, nur unter anderen thatsächlichen Voraussetzungen. Die Nummern 2 und 3 erforderten nun unzweifelhaft die wirkliche Zufügung eines Vermögensnachteils. Es sei nun nicht anzunehmen, dass das Gesetz unter Nr. 1 von einem anderen Gesichtspunkt ausgehen wolle als in Nr. 2 und 3, indem es im ersteren Falle den Erfolg nicht als Thatbestandsmerkmal ansehe, in den letzteren Fällen aber ihn hinzuzähle".[6]) Demnach

---

[1]) v. Liszt, Lehrb. § 79.

[2]) Grundriss II, § 187.

[3]) Es scheint, als ob diese Erwägung auch einen so lebhaften Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht wie Ammon bedenklich gemacht hat. Wenigstens spricht dies aus seinen Worten (S. 47 a. a. O.), dass „eine verständige Praxis das Wort Nachteil nicht in einer pedantisch kleinlichen Weise auslegen, sondern natürlich stets einen als wesentlich erscheinenden Nachteil erfordern wird."

[4]) vgl. Olshausen n. 2b zu § 266. R.-Ger. Entsch. Bd. 16, S. 77. Hälschner, Bd. II, Abt. I, S. 394, § 114.

[5]) Entsch. Bd. 16, S. 81.

[6]) Auch Binding, Grundriss II, § 187, S. 221, N. 4 deutet „handeln zum Nachteil" nicht als „handeln zum Zweck der Benachteiligung", sondern als „benachteiligendes Handeln" und macht darauf aufmerksam, dass auch die Specialgesetze bald „gehandelt haben" bald „handeln" sagen.

ist auch im Falle der Z. 1 die blosse Bethätigung des Willens zu benachteiligen, ohne dass ein Nachteil eintritt, als Versuchshandlung straflos. (vgl. § 266 Abs 1 in Verbindung mit § 43 Abs. 2 und § 1 Abs. 2 St.-G.-B.)

Der Vermögensnachteil, dessen Eintritt demnach sowohl in Z. 1 wie in Z. 3 des § 266 erfordert wird, ist nun aber zweifellos identisch mit „Vermögensbeschädigung“, wie denn auch das Gesetz selbst in den Fällen der Untreue aus § 79 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 in Z. 1 den Ausdruck: „Das Vermögen beschädigen“, in Z. 2 den Ausdruck „zum Nachteile handeln“ offenbar promiscue für ein und denselben Begriff gebraucht. Besonders praktisch ist der Begriff der Vermögensbeschädigung beim Betruge. Die in der strafrechtlichen Litteratur zumeist für das Delikt des Betruges entwickelten Grundsätze über den Begriff der Vermögensbeschädigung sind daher auch der Feststellung des Begriffs des „Vermögensnachteils“ im § 266 St.-G.-B. zu Grunde zu legen.

Danach ist ein Vermögen dann beschädigt, „wenn es nach dem betreffenden Ereignisse einen geringeren Wert als vorher repräsentiert, wenn also ein pekuniärer — nicht notwendig seinem Betrage nach fixierbarer — Nachteil eingetreten ist.“[1]) Die Vermögensbeschädigung ist nicht nur bei positivem Verlust (damnum emergens), sondern auch bei Vereitelung der Erlangung pekuniären Gewinnes (lucrum cessans) gegeben. In der Gefährdung eines Vermögensrechts ist nur dann ein damnum emergens zu erblicken, wenn sie bereits den gegenwärtigen Geldwert des Vermögens verringert.[2]) Eine Vermögensbeschädigung in der Form des lucrum cessans wiederum ist nur da gegeben, wo bereits ein rechtlich begründeter Anspruch auf den Gewinn bestanden hat.[3])

Aus dem Begriffe der Vermögensbeschädigung folgt, dass sie dann nicht gegeben ist, wenn — ohne Rücksicht auf möglicher Weise vorhandene oder vorausgesetzte Zustimmung des Beschädigten — der Entziehung von Vermögensrechten bezw. der Vereitelung von Gewinn auf der einen Seite die gleichzeitige Erlangung einer vollwertigen Gegenleistung auf der anderen Seite

---

[1]) Olshausen, Note 18 zu § 263.
[2]) R.-Ger. Entsch. Bd. 16, S. 77 ff.; insbes. S. 81.
[3]) Frank, Kommentar zu § 263, VI. Olshausen, Note 21 zu § 263.

entspricht. Bei Beurteilung der Frage, ob die letztere wirklich ein vollwertiges Aequivalent darstellt, ist nicht lediglich der objektive Verkehrswert massgebend, vielmehr ist auch den persönlichen Verhältnissen des Betroffenen ein Einfluss auf diese Beurteilung nicht zu versagen. Insofern sie nämlich die sofortige angemessene Realisierung des objektiv vollwertigen, aber für das Vermögen des Betroffenen minderwertigen Gegenwertes ausschliessen, wird gerade mit Rücksicht auf sie die Annahme einer Vermögensbeschädigung gerechtfertigt sein.[1])

§ 15.

Die Handlung bei der Unterschlagung und der Untreue aus § 266 Z. 2 des Strafgesetzbuchs.

I. Der § 246 des St.-G.-Bs. fordert als Thatbestandshandlung eine „rechtswidrige Zueignung".

Die Zueignung oder, wie das Gesetz beim Diebstahl in sinngemässer Übereinstimmung sagt, „Aneignung", die dem Wortsinne nach ein „sich zu eigen machen" bedeutet, ist nun in Übereinstimmung mit der gemeinen Meinung nicht im Sinne von „in sein civilrechtliches Eigentum bringen" zu verstehen. Allerdings ist ja der Erwerb des Eigentumes seitens des Thäters durch die Unterschlagungshandlung z. B. durch Spezifikation, Vermischung fremden Geldes mit eigenem nicht ausgeschlossen. Wollte man aber den Begriff der Zueignung nur auf diese Fälle beschränken,[2]) so würde man die überwiegend grössere Anzahl der in sittlicher und wirtschaftlicher Beziehung völlig gleich zu bewertenden Fälle lediglich thatsächlicher Usurpation des Eigentumsinhalts straffrei lassen müssen.

Mit Rücksicht auf diese Erwägungen und insbesondere deshalb, weil das Thatbestandsmerkmal der rechtswidrigen Zueignung begrifflich die gedachte einschränkende Auslegung nicht notwendig macht, ist der juristische Erfolg der Unterschlagungshandlung für unerheblich zu erachten. Vielmehr kommt es allein auf ihren thatsächlichen Erfolg an. Und dieser besteht darin,

---

[1]) So: v. Liszt, Lehrb. § 138. S. 501. Olshausen, N. 22 zu § 263. Frank, Kommentar zu § 263, VI, 2 und R.-Ger. Entsch. Bd. 16, S. 1 ff. insbesondere S. 6—9.

[2]) So: Rubo, Kommentar N. 2 zu § 246.

dass sich der Thäter unter Ausschluss des Eigentümers von der ihm durch sein Eigentum gewährten Sachherrschaft „in ein Verhältnis zur Sache setzt, dem nur die rechtliche Anerkennung fehlt, um Eigentum zu sein.“[1])

In der Zueignung, die *Binding*[2]) dem Sinne nach übereinstimmend als „Herstellung eines thatsächlichen Eigentumes wider Willen des Rechts“ fasst, sind also zwei Momente, ein negatives und ein positives, enthalten. Ein negatives: Die Verdrängung des Eigentümers aus der ihm durch sein Eigentumsrecht gewährleisteten Herrschaftsstellung — Verdrängung aus der Eigentumsposition —. Ein positives: Die Einnahme dieser Herrschaftsstellung durch den Thäter — Einnahme der Eigentumsposition —.[3])

In Bezug auf die beiden Formen der Handlung, das positive Thun und die Unterlassuug, ist zu bemerken, dass die Zueignung in beiden Formen möglich ist, da sie sich als Verletzung eines gesetzlichen Verbots darstellt, und das Gesetz keinen Anhalt dafür bietet, dass es der Verursachung des Erfolges seine Nichthinderung nicht gleichgestellt wissen will.

Objektiv „rechtswidrig“ aber ist die Zueignung dann, wenn der durch die Zueignungshandlung geschaffene Zustand ausschliesslicher thatsächlicher Willensherrschaft über die Sache ein solcher ist, den die Rechtsordnung missbilligt. Eine solche Missbilligung liegt aber dann nicht vor, wenn die Rechtsordnung selbst dem Thäter den von ihm hergestellten Zustand als einen gerade in Bezug auf die individuellen Sachen sein sollenden in Aussicht stellt. Dies kann die Rechtsordnung thun:

---

[1]) v. Liszt, Lehrb. § 125. S. 449/450.

[2]) Normen II. § 69. S. 545.

[3]) Nach dieser Definition ist Zueignung nicht schon jede „Handlung, die einen Akt der Ausübung des Eigentumes darstellt“, sondern nur die, die sich als ein „an sich ziehen des ganzen praktischen Inhalts des Eigentumes“ darstellt, (Merkel in Holtzend. Handb. Bd. 3, S. 698/699). Unrichtig ist es auch, die Zueignung dann anzunehmen, wenn „eine Verfügung vorliegt, die an sich nur dem Eigentümer zusteht“. Denn einmal liegt nicht in jeder Einwirkung auf die Sache, selbst wenn sie regelmässig nur dem Eigentümer zusteht, eine Verdrängung aus der Eigentumsposition. Sodann aber versagt diese Definition gegenüber der Erwägung, dass es wohl kaum eine Verfügung über die Sache giebt, zu der nicht auch kraft eines Rechtes an der Sache ein anderer als der Eigentümer berechtigt sein kann. (vgl. Merkel, ebenda. Olshausen, N. 29 zu § 242.)

1. Ohne Rücksicht auf den Willen des bisher Berechtigten allein auf Grund objektiver Thatsachen,

2. mit Rücksicht auf eine rechtliche Verpflichtung des bisher Berechtigten, die seinem Willen, Eigentümer zu bleiben, die Daseinsberechtigung nimmt,

3. allein auf Grund des Willens des bisher Berechtigten, falls nämlich die Aneignung nicht ohne seine Einwilligung geschah.

In allen diesen Fällen[1]) ist der vom Thäter hergestellte Zustand ausschliesslicher Willensherrschaft über die Sache das Gegenteil von rechtswidrig, nämlich dem Rechte gemäss, mögen auch die Mittel, die der Thäter zur Herstellung dieses Zustandes benutzt, die Billigung der Rechtsordnung nicht finden.

Nach dieser Definition der rechtswidrigen Zueignung ist eine Beschädigung des Vermögens des Eigentümers d. h. eine Verringerung seines Geldwertes mit der Unterschlagung begrifflich nicht verbunden.

Denn einerseits ist, wie das Eigentumsrecht selbst auch an einer Sache bestehen kann, die keinen Tauschwert hat, so auch die Usurpation des praktischen Inhalts eines solchen Eigentumrechtes nicht ausgeschlossen. Andererseits folgt auch aus dem Thatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit der Zueignung nicht, dass die Zueignung von Sachen ohne Tauschwert nicht strafbar sei. Denn nirgends gewährt die Rechtsordnung allein auf Grund der Thatsache, dass eine Sache Tauschwert nicht hat, ein Recht auf eigentümliche Erwerbung der Sache. Und nur ein solcher Rechtssatz könnte — abgesehen von den speciellen Fällen, wo die obligatorische Verpflichtung des Eigentümers zur Eigentumsübertragung bezw. seine Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Zueignung ausschliesst — generell die objektive Rechtswidrigkeit der Aneignung wertloser Sachen beseitigen.

Ebensowenig wie die Wertlosigkeit des Handlungsobjekts schliesst nach der von uns gegebenen Definition die entsprechende Thatsache, dass der Thäter vor oder bei der Zueignung die Vermögensbeschädigung durch Hinterlassung eines dem Werte der entzogenen Sache entsprechenden Gegenwertes abzuwenden bezw.

---

[1]) vgl. zu dieser Einteilung Binding, Grundriss II. S. 187. § 169.

auszugleichen sucht, als solche den Begriff der rechtswidrigen Zueignung aus.

Gegen den oben aufgestellten Begriff der Zueignung, der die gemeine Meinung für sich hat, polemisiert besonders lebhaft *Dörr.*[1])

Davon ausgehend, dass die Auffassung des „sich zu eigen machens“ im Sinne von „in sein civilrechtliches Eigentum bringen“ verkehrt ist, schliesst er weiter, dass die Zueignung nur ein „wirtschaftliches, ökonomisches Handeln“ sein könne, „welches auf ökonomische Vorteile abzielt“.[2]) „Wo daher das Reichsstrafgesetzbuch diesen Ausdruck verwendet, haben wir darunter die Zueignung im ökonomischen Sinne zu begreifen, welche in einer Vermehrung des wirtschaftlichen Vermögens, also in einer Bereicherung besteht.“ [3]) Für das Strafrecht aber versteht er unter „Vermögen“ ausschliesslich „das ökonomische Vermögen als Inbegriff von geldwerten Gütern.[4])

Aus dieser Definition der Zueignung ergiebt sich für ihn ganz naturgemäss die Konsequenz, dass an Sachen ohne Tauschwert Diebstahl und Unterschlagung ausgeschlossen ist; denn durch sie kann der Thäter sein Vermögen als den Inbegriff geldwerter Güter ja gar nicht vermehren.

Soweit nun *Dörr* zur Begründung seiner Theorieen an dem von uns im Anschluss an die herrschende Meinung entwickelten Begriff der Zueignung rüttelt, müssen wir mit wenigen Worten gegen ihn Stellung nehmen.

Auch wir teilen seinen Ausgangspunkt, dass nämlich „zueignen“ nicht im Sinne von „sich nach den Regeln des Civilrechts zu eigen machen“, also nicht im juristischen Sinne zu fassen sei. Aber wir leugnen, dass der Gegensatz von einem juristischen Handeln notwendig nur ein „ökonomisches, wirtschaftliches Handeln“ sei. Vielmehr dünkt uns, dass ein Handeln sehr wohl ein nicht-juristisches sein kann und trotzdem nicht notwendig ein ökonomisches d. h. auf ökonomische Vorteile abzielendes zu sein braucht. Dem „sich zu eigen machen“ im juristischen Sinne ist

---

[1]) In seiner Schrift: „Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen.“ Breslau, 1897. Heft 3/4 der strafrechtlichen Abhandlungen, begründet von Dr. H. Bennecke, herausgegeben von Dr. E. Beling.

[2]) a. a. O. S. 83.

[3]) a. a. O. S. 84.

[4]) S. 19 ebenda.

u. E. richtiger das „sich zu eigen machen“ im rein thatsächlich Sinne gegenüberzustellen. Der Unterschlagende braucht dur die Zueignung nicht Eigentümer zu werden, aber er stellt jedem Falle ein Verhältniss zur Sache her, das völlig dem er spricht, wie es die Eigentumsordnung dem legalen Eigentüm gewährleistet, er schafft sich ein „thatsächliches Eigentum“[1]). Da sich der Aneignende damit zugleich ökonomische Vorteile ve schaffen müsse, ist nicht erforderlich. Dieses Moment liegt eben wenig im Begriff der Zueignung, wie es im Begriff des Eigentum rechts liegt, dass z. B. der Eigentümer den Gegenstand sein Eigentumsrechts nur in einer auf wirtschaftliche Vorteile abziele den Weise verwende.

Dörr's Definition der Aneignung als einer „den Gegensta der Aneignung in das Vermögen des Thäters überführend Handlung“ erscheint uns schon deshalb wenig annehmbar, w das Strafgesetzbuch selbst den Begriff des Vermögens in seine § 246 nicht verwertet, und somit *Dörr* ein der gesetzlichen B griffsbestimmung fremdes Element in seine Definition aufnimn

II. Bezüglich des im § 266 Z. 2 des St.-G.-Bs. erfordert „Verfügens zum Nachteile des Auftraggebers“ ist zunächst fe zustellen, dass auch hier das Gesetz unter dem Nachteil nur ein „Vermögens“nachteil verstanden wissen will. Denn wenn es dav spricht, dass eine Verfügung über „Vermögens“stücke zum Nac teile des Auftraggebers erfolgt, so zwingt dieser specielle Z sammenhang ganz entschieden zur Deutung des erforderten Nac teiles im Sinne eines „Vermögens“nachteils. Dies wird de auch selbst von denen, die für die Z. 1 und 3 des § 266 an d weitesten Auffassung des Nachteilbegriffes festhalten, angesich der „Unzweideutigkeit des Gesetztextes“[2]) für die Z. 2 des § 2 nicht bestritten.[3])

Der Begriff der „Verfügung über Vermögensstücke“ — die Gestalt muss das benachteiligende Handeln des Bevollmächtigt annehmen, es fällt also nicht jedes mandatswidrige Verhalt desselben unter den Thatbestand der Z. 2 des § 266 — ist nic unstreitig.

[1]) Vgl. oben S. 45. N. 2.

[2]) So Ammon a. a. O. S. 60.

[3]) A. M. Rubo, Kommentar zu § 266.

Binding[1]) bemerkt hierzu Folgendes:

„Jedenfalls deutet der Wortlaut auf den Verlust von Aktiven hin. Man wird ihn aber ausdehnend auslegen müssen; es liegt gewiss nicht in der Absicht des Gesetzes, die reine Belastung des Vermögens durch Anerkennung nicht bestehender Schulden von der Untreue auszuschliessen, um so weniger als diese Belastung über Aktiva schon antecipando verfügt.“

Diese Auffassung lässt die Entstehungsgeschichte unserer Z. 2 ausser Acht. Sie übersieht, dass der Thatbestand der Z. 2 des § 266 in Anlehnung an den des § 246 gebildet ist, und dass Fassung und Sinn unserer Z. 2 diese Anlehnung wie in Bezug auf andere Thatbestandsmerkmale so auch insbesondere in Bezug auf die Bestimmung der Handlung selbst nicht verleugnen. Wie das Gesetz im § 246 die rechtswidrige Zueignung einer einzelnen fremden beweglichen Sache als Thatbestandserfordernis aufstellt, so verlangt es hier nicht eine Verfügung über Aktiva schlechthin, sondern eine Verfügung über ein Vermögens„stück“ d. h. ein einzelnes „Aktivum“.[2]) Eine solche kann aber in der Belastung des Vermögens mit Schuldverbindlichkeiten nicht gefunden werden, ganz abgesehen davon, dass durch solche Belastung auch über Aktiva schlechthin nur mittelbar „verfügt“ wird.

Zu einer zutreffenden Auslegung des Handlungsbegriffs im § 266 Z. 2 kann man vielmehr nur auf Grund der entstehungsgeschichtlich nahegelegten Erkenntniss gelangen, dass wie die Handlungsobjekte so auch die Handlungen selbst in den §§ 246 und 266 Z. 2 sich entsprechen, und dass demnach die bestehende Verschiedenheit der Handlungs-Begriffe im Wesentlichen nur aus der Verschiedenartigkeit der Handlungsobjekte fliesst. Wie die Zueignung als negatives Moment die Verdrängung des Eigentümers aus seiner Eigentumsposition enthält, so ist die Verfügung über Vermögensstücke des Auftraggebers ganz entsprechend nach ihrem Wortsinne auszulegen als Beeinträchtigung der Position, in der sich der Machtgeber kraft seiner rechtlichen Beziehungen zum Vermögensstück befindet.

---

[1]) Grundriss II. § 187. S. 221.

[2]) R.-Ger. Entsch. Bd. 10. S. 72.

Von denselben Gesichtspunkten geht auch das Reichsgericht bei Auslegung des Handlungsbegriffs der Z. 2 des § 266 aus. Es lässt sich hierüber, wie folgt, aus:[1])

> „Nach dem Wortsinn des § 266 Nr. 2 und nach dem Zwecke dieser im Wesentlichen auf eine Ergänzung der Vorschriften über die Unterschlagung berechneten Bestimmung (vgl. Motive zu § 246 St.-G.-B., vorletzter Absatz) kann man unter einer Verfügung über ein Vermögensstück des Auftraggebers nur eine Massregel verstehen, welche in irgend einer Weise eine Veränderung in dem Verhältnisse des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstücke herbeiführt. Auf diesen Erfolg, nicht auf die Art des Handelns kommt es an."

Ebenso wie bei der Unterschlagung haben auch hier bei der Verfügung über Vermögensstücke die Regeln über die Begehung von Kommissivdelikten durch Unterlassung Anwendung zu finden, wenngleich „der Regel nach eine Änderung in dem Verhältnisse des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstücke nur durch positive Handlungen des Bevollmächtigten wird herbeigeführt werden können".[2]) Als treffende Beispiele von Verfügungen über Vermögensstücke, begangen durch Unterlassung, führt das Reichsgericht[3]) „die unterlassene Geltendmachung einer Forderung des Auftraggebers mit der — beabsichtigten — Wirkung des Eintritts der Verjährung sowie die in gleicher Weise absichtlich unterlassene Einlegung eines Rechtsmittels" an. —

Da das Verfügen „eine Veränderung des Verhältnisses des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstücke" herbeiführen muss, so ergiebt sich, dass ein zum Nachteil verfügen nur dann vorliegt, wenn die herbeigeführte Veränderung selbst sich als eine nachteilige darstellt.

IV. Die Schuld bei der Untreue und Unterschlagung.

§ 16.

Die Schuld bei der Unterschlagung.

Was die Verschuldung anlangt, so fordert das Strafgesetzbuch im § 246 — wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten —, damit

---

[1]) Entsch. Bd. 11. S. 412.

[2]) [3]) Entsch. Bd. 11. S 412.

der Erfolg dem Thäter zugerechnet werden kann, die schwerere Schuldform, den Dolus. Dieser muss sich zwar hier wie überall auf sämmtliche zum gesetzlichen Thatbestand gehörige (oder die Strafbarkeit erhöhende) Thatumstände erstrecken, aber besonders wesentlich ist ihm der bewusste Wille, sich eine fremde Sache rechtswidrig anzueignen.

Wie wir oben erörterten, wird die rechtswidrige Zueignung einer fremden Sache objektiv dadurch nicht ausgeschlossen, dass Gegenstand dieser Aneignung eine Sache ohne Tauschwert ist. Ebenso wenig wird, wie weiterhin erörtert wurde, der Begriff der rechtswidrigen Zueignung objektiv dadurch alteriert, dass der Thäter die durch Aneignung einer Sache, die Tauschwert hat, entstandene Schädigung ausgleicht, indem er z. B. ein diesem Tauschwert entsprechendes Äquivalent in das Vermögen des Eigentümers bringt. Aber daraus allein würde, wie *Binding*[1]) mit Recht bemerkt, noch nicht mit Notwendigkeit sich der Schluss ergeben, dass der Gesetzgeber auch dann wegen Unterschlagung strafen müsste, wenn dieses Delikt in concreto vom Thäter als ein das Vermögen schädigendes nicht intendiert ist. Aber sicherlich müsste der Gesetzgeber dann, wenn er die Unterschlagung nur bei beabsichtigter Verringerung des Geldwertes des Vermögens bestraft wissen wollte, in die Bestimmung des dolus, wie wir sie — mangels ausdrücklicher Bestimmung — aus den übrigen Thatbestandsmerkmalen schöpfen, ein Moment hineinlegen, aus dem wir mit Sicherheit entnehmen könnten, dass er die Absicht des Thäters, das Vermögen des Eigentümers zu beschädigen, zum Thatbestandsmerkmal erhoben hat. Aber gerade dies hat der Gesetzgeber nicht gethan. Das Gesetz fordert zum Thatbestand der Unterschlagung nicht eine über das bewusste Wollen rechtswidriger Zueignung hinausgehende gewinnsüchtige Absicht, ebensowenig aber — wie *Hälschner*[2]) annimmt — im Gegensatze zum Motive der Gewinnsucht die bloss formale Absicht, sich durch unentgeltliche Aneignung auf fremde Kosten zu bereichern und endlich auch nicht lediglich die Absicht, den Geldwert des Vermögens eines anderen zu verringern.

---

[1]) Normen II. S. 541.

[2]) Das gem. deutsche Strafrecht. 1884. 2,1. S. 295.

Die Motive zum deutschen St.-G.-B. stehen allerdings auf einem anderen Standpunkt. Denn sie sprechen sich dahin aus, dass die verbrecherische Absicht und bezweckte Vermögensschädigung bei Unterschlagung und Diebstahl dieselbe sei, und dass das Erfordernis der „gewinnsüchtigen Absicht" als zu möglichen falschen Schlussfolgerungen verleitend in den Thatbestand darum nicht aufgenommen worden sei, weil das Bedürfnis, das durch Aufnahme dieses Momentes gedeckt werden solle, durch die Worte „rechtswidrig aneignet" sich erledige.[1]) Selbst *Hälschner* muss zugeben, dass „letzteres freilich eine irrtümliche Auffassung sei, und dass bei der Unterschlagung wie beim Diebstahl die Auffassung, von der die Motive ausgehen, in der gesetzlichen Formulierung des Thatbestandes ihren entsprechenden Ausdruck nicht gefunden habe." Er hätte noch hinzufügen können, dass auch der Sinn des § 246, wie wir ihn der gesetzlichen Begriffsbestimmung durch Auflösung ihrer Bestandteile entnehmen, uns durchaus nicht das Recht giebt, „Vermögensbeschädigung und Absicht unentgeltlicher Aneignung" als zum Thatbestande der Unterschlagung gehörig zu fordern und anzunehmen, „dass das St.-G.-B. nach dem Vorgange anderer Strafgesetzbücher die Vermögensbeschädigung bei dem Diebstahl sowie bei der Unterschlagung — für letztere soll in Ansehung dieses Momentes nach *Hälschner* dasselbe gelten — als „selbst verständlich" vorausgesetzt habe".

Wurde es unterlassen, das Moment der Vermögensschädigung in das St.-G.-B. besonders aufzunehmen, in der Erwägung, dass das Bedürfnis, das durch Aufnahme desselben gedeckt werden sollte, sich schon durch ein anderes Thatbestandsmerkmal erledige, und ergiebt sich nun — wie *Hälschner* selbst zugiebt —, dass diese Erwägung auf einem Irrtum basiert, so liegt u. E. der Schluss viel näher, dass dies — nach Meinung der Motive bestehende — Bedürfnis eben nicht gedeckt ist.[2])

Nach dem von uns eingenommenen Standpunkte alteriert somit das begründete Bewusstsein des Thäters, seine Handlung verringere den Geldwert des Vermögens des Eigentümers nicht, an sich den für die Unterschlagung relevanten Dolus nicht. Für die Frage nach der Schuld des Thäters ist es daher gleichgiltig,

[1]) Vgl. Hälschner a. a. O. S. 354.

[2]) Gegen Hälschner auch Gauss, Erpressung und Raub. Inaug. Diss. Breslau, 1901. S. 16 ff.

ob der Thäter in dem Glauben gehandelt hat, der Sache fehle der ökonomische Wert, oder ob er die durch seine That unvermeidlich entstehende pekuniäre Minderung des Vermögens durch Gewährung des vollen Gegenwertes für die Sache ausgeglichen hat. Nur wenn dem Thäter das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlt, können wir von unserem Standpunkt die Frage nach dem Vorhandensein des Dolus verneinen. Und letzteres wird allerdings für die gedachten beiden Fälle überwiegend zutreffen, indem der Thäter irrtümlich annimmt, er selbst habe ein Recht auf Aneignung, oder — was praktisch der Hauptfall sein wird — der Eigentümer willige in die Aneignung.

§ 17.

Die Schuld bei der Untreue.

In allen Fällen der Untreue findet sich eine ausdrückliche Bestimmung über die Form der Verschuldung, die gegeben sein muss, damit der Thäter verantwortlich gemacht werden kann. Das Gesetz erfordert nämlich gleichmässig, dass „das Handeln zum Nachteil“, „das Verfügen zum Nachteil“ und das „Benachteiligen“ ein „absichtliches“ sei.

Es ist — „merkwürdiger Weise“, wie *Binding*[1]) sagt — nahezu unbestritten, dass „absichtlich“ hier lediglich im Sinne von „vorsätzlich“ gebraucht ist.

Dem Einwand, dass das „absichtlich“ an die Stelle des im § 246 des preuss. Strafgesetzbuchs verwendeten „vorsätzlich“ getreten, und dass diese Aenderung als eine beabsichtigte aufzufassen sei, lässt sich der demselben Gebiet entnommene Einwand entgegensetzen, „dass die Motive dieser Abänderung nicht Erwähnung thun, obgleich sie die übrigen Abweichungen rechtfertigen“.[2])

Vor allem aber spricht für die herrschende Meinung eine aus § 266 des Strafgesetzbuchs selbst geschöpfte Erwägung. Fasst man nämlich „absichtlich“ abweichend von der gemeinen Meinung im Sinne eines über den Vorsatz hinausgehenden, den Thäter bestimmenden Beweggrundes, dann würde für den in Abs. 2 qualifizierten Fall der Untreue, wo das Gesetz durch den Finalsatz „um . . . . . zu“ andeutet, dass der Thäter durch die Rücksicht auf den Vermögensvorteil zu der benach-

[1]) Grundriss II. S. 228.

[2]) Olshausen, Note 12 zu § 266.

teiligenden Handlung leitend bestimmt wurde, „kaum noch etwas übrig bleiben.“ [1]) Denn es ist der Fall, dass der Thäter den Nachteil des Verletzten und den eignen Vermögensvorteil oder den eines anderen als selbständige Zwecke jeden um seiner selbst willen verfolgt, kaum denkbar. Ferner aber kann es unmöglich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, den ungleich häufigeren Fall, wo der Thäter zu der benachteiligenden Handlung lediglich durch die Rücksicht auf den eigenen Vermögensvorteil bestimmt wurde, wo ihm also die Schädigung des Verletzten lediglich Mittel zum Zweck ist, überhaupt straflos zu lassen. [2]) — Schliesslich wird man, auch wenn man das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht als generelles Merkmal des Dolus fassen sollte, doch speciell für das Delikt der Untreue fordern müssen, dass der Thäter die Benachteiligung als eine bewusst rechtswidrige gewollt habe. Der Charakter der Untreue als eines die Verletzung obligatorischer Pflichten involvierenden Delikts führt notwendig zu der Erkenntnis, dass die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz zu entfallen hat, wenn dem Thäter die durch sein Handeln herbeigeführte Pflichtverletzung nicht zum Bewusstsein gekommen ist. Auch *Frank*, der prinzipiell das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht als generelles Merkmal des Dolus fasst, steht auf diesem Standpunkte. So führt er aus: [3])

> „Man darf aber auch nicht in jeder benachteiligenden Handlung den Thatbestand der Untreue sehen. Jedes nicht ganz mechanische Handeln für einen Anderen bedingt eine gewisse Latitüde des Ermessens, die durch das Strafgesetz nicht beschränkt wird. Das Gewähren von Trinkgeldern, Gratifikationen, der Verzicht auf schwer eintreibbare geringfügige Forderungen fällt regelmässig nicht unter den Begriff der Untreue. Diese beginnt erst jenseits der Grenzen einer ordnungsgemässen Geschäftsführung“ —

und fordert weiter im Anschluss an diese Ausführungen zum Dolus des Thäters neben dem „Erkennen“ der benachteiligenden Wirkung seiner Handlungsweise „das Bewusstsein, dass die Handlung ausserhalb einer ordnungsgemässen Geschäftsführung liege.“ [4])

[1]) **Frank**, Kommentar zu § 266, IV.

[2]) **Olshausen**, Kommentar N. 12 zu § 266. **Ammon** a. a. O. S. 51.

[3]) Kommentar zu § 266, III.

[4]) Kommentar zu § 266, IV.

III. Abschnitt.

Untreue und Unterschlagung als Strafgesetze.

§ 18.

Ideale Konkurrenz zwischen Untreue und Unterschlagung.

Es ist herrschende Meinung, dass in den Fällen, wo sich die Untreue in die Gestalt eines andern, noch besonders bedrohten Vermögensdelikts kleidet, also — was für unsere Darstellung besonders interessiert — in den Fällen, wo eine der in § 266 St.-G.-B. genannten Personen durch Unterschlagung eine Untreue begeht, sog. ideales Zusammentreffen gegeben sei, und somit § 73 St.-G.-B. Anwendung zu finden habe.[1])

Anderer Meinung ist speciell für das Verhältnis der Untreue aus § 266 Z. 2 und der sog. Veruntreuung *v. Schwarze.*[2]) Er motiviert dies damit, dass unter „Verfügen" die widerrechtliche Aneignung (als Unterschlagung) anvertrauter Sachen nicht mitbegriffen sei.

Dass nun der Gesetzgeber eine solche Beschränkung des Verfügungsbegriffs beabsichtigt habe, dafür spricht nichts. Aber auch wenn dies der Fall gewesen sein sollte, so ist diese Absicht in der vorliegenden Fassung des Gesetzes nicht verwirklicht worden. Demnach liegt auch keine Veranlassung vor, dem Gesetzgeber bei Ver-

---

[1]) So Frank, Kommentar zu § 266, VI. Olshausen, N. 16 zu § 266. Berner, Lehrb. S. 580.

[2]) Kommentar, 5. Aufl. 1884. N. 9 zu § 266.

wirklichung seiner bloss vermeintlichen Absichten dadurch zu Hilfe zu kommen, dass den allgemeinen gesetzlichen Regeln über ideale Konkurrenz Zwang angethan wird. — Prinzipieller Gegner der gemeinen Meinung für alle Fälle der Untreue ist *Binding*.

Er stützt seine abweichende Ansicht geschichtlich darauf, dass die im preussischen Strafgesetzbuch § 246 Abs. 3 enthaltene Bestimmung: „Ist durch die Handlung eine härtere Strafe begründet, so tritt nach den Grundsätzen des § 55 diese härtere Strafe ein" im entsprechenden § 266 des R.-St.-G.-B.'s nicht aufgenommen sei, und dass wir demnach „kein Recht mehr haben, das Preussische Gesetz dem deutschen unterzuschieben".[1]) Dagegen macht *Ammon*[2]) mit Recht geltend, dass „diese im preussischen St.-G.-B. geschehene Verweisung auf die Grundsätze über ideale Konkurrenz eigentümlich und unnötig sei, da diese Grundsätze — je nach Lage des einzelnen Falles — hier wie bei jedem andern Delikt von selbst eintreten." Es steht demnach nichts im Wege, die Nichtaufnahme dieses Zusatzes im R.-St.-G.-B. auf die Erkenntnis seiner Entbehrlichkeit zurückzuführen, da schon aus allgemeinen Grundsätzen die speciell durch diesen Zusatz vorgezeichnete Behandlung sich ohnehin ergiebt.

Dieser aus der Entstehungsgeschichte unseres R.-St.-G.-Bs. hergenommene Grund steht also der Anwendung der allgemeinen Grundsätze über ideale Konkurrenz nicht entgegen. Aber *Binding* bringt noch einen innern Grund für seine Ansicht, dass „die Untreue ein Vermögensverbrechen durchaus selbständigen Inhalts sei, dass sie die Form gar keines anderen Vermögensverbrechens annehmen könne und nur in ihrer eigenen Form begehbar sei".[3])

Er entwickelt dies, wie folgt:[4])

> „Die einfachsten Verbrechenstypen treten dem Gesetzgeber am frühsten klar vors Auge. Zur Aufstellung der verwickelteren schreitet er dann erst, wenn sich die Unzulänglichkeit der einfacheren ergeben hat. Seine Absicht ist dann regelmässig, das Gebiet des komplizierteren Verbrechens da beginnen zu lassen, wo das des einfacheren aufhört. Bis zum Beweise des Gegenteils ist — allerdings nur bei einer Gesetzgebung, die von den

---

[1]) Grundriss II. § 187. S. 219, N. 2.

[2]) S. 89.

[3]) Binding, Grundriss II. § 187. S. 219.

[4]) Handbuch des Strafrechts, Bd. 1 § 76, Seite 362/363.

Verbrechensbegriffen ausgeht — anzunehmen, dass der neue Begriff sich grenznachbarlich an den alten anschliessen, nicht aber in dessen Gebiet teilweise übergreifen will. Der Betrug beginnt, wo Diebstahl bezw. Unterschlagung nicht vorliegen; das durch Täuschung begangene Eigentumsverbrechen ist kein Betrug; das Vergehen der Untreue ist nur da anzunehmen, wo Veruntreuung nicht vorliegt."

Die *Binding*'sche Ansicht unterstellt u. E. in Verkennung der tstehungsgeschichtlichen Entwicklung der Untreue das nur in Beg auf § 266 Z. 2 St.-G.-B. geschichtlich begründete enge Verltnis zur Unterschlagung auch bezüglich aller anderen Fälle von ıtreue. Und auch der Thatbestand der Z. 2 des § 266 selbst ist ht derart, dass — die Körperlichkeit und Beweglichkeit des ındlungsobjektes, sowie Besitz oder Gewahrsam des Bevollmächten an demselben vorausgesetzt — jeder Fall der Untreue des vollmächtigten notwendig auch unter den Thatbestand der Unterılagung fällt und umgekehrt.

Selbst wenn Objekt des Delikts aus § 266 Z. 2 eine körperliche, wegliche Sache des Auftraggebers ist, die im Besitz oder Gewahrn des Bevollmächtigten sich befindet, so liegt in einer Verfügung s Bevollmächtigten über die Sache, die dem Auftraggeber nachlig ist, noch nicht notwendig in jedem Falle eine rechtswidrige eignung. Denn der Begriff des Verfügens ist weiter als der der htswidrigen Zueignung.

Und umgekehrt lässt sich feststellen, dass, selbst wenn der Bellmächtigte unter gleichen Verhältnissen die Sache des Auftragbers sich zueignet, also der Thatbestand der Unterschlagung gegeben , damit noch nicht notwendig auch der Thatbestand der Untreue s Z. 2 des § 266 erfüllt zu sein braucht. Denn mit der rechtsdrigen Zueignung ist nicht notwendig auch der Nachteil des Aufıggebers verbunden; er kann ja z. B. durch eine Kaution des Bellmächtigten, die dem Werte der diesem anvertrauten Objekte tspricht, gedeckt sein.[1]) —

Vor allem ist aber doch zu berücksichtigen, dass sich der Gesetzber zum mindesten in Ansehung der Z. 1 und 3 des § 266 St.-G.-B. herlich nicht lediglich von der Erwägung hat leiten lassen,

---

[1]) vgl. Ammon, S. 90.

mit diesen Delikten die von den andern Delikten gelassenen Lücken auszufüllen. Beide Strafdrohungen haben die Zweckbestimmung, das Vermögen bestimmter Personen vor absichtlicher Schädigung, begangen durch Verletzung von gewissen, für besonders schutzwürdig erachteten obligatorischen Rechtsbeziehungen, zu schützen. Und diese Zweckbestimmung verleiht dem Delikt der Untreue ein selbständiges Gepräge, eine Eigenart, die auch neben der Eigenart eines anderen Delikts selbständige Existenz beanspruchen kann. Es liegt daher sicherlich nicht im Sinne des Gesetzes, dass die Tragweite einer äusserlich sowohl den Merkmalen des § 246, wie denen des § 266 entsprechenden Handlung durch ihre Betrachtung allein vom Standpunkte des § 246 erschöpft wird.

Mit dieser Ansicht folgen wir dem Reichsgericht, das an der Selbständigkeit des Delikts der Untreue festhält und bisher in konstanter Praxis anerkannt hat, dass, „wenn eine Handlung zugleich den Thatbestand des einen und des anderen Vergehens enthält, ein Fall ideeller Konkurrenz im Sinne des § 73 St.-G.-B. vorliegt, und die Strafe nach dem Gesetze, welches die schwerste Strafe droht, zu erkennen ist.“[1])

§ 19.

Anwendbarkeit des § 247 Abs. 2 St.-G.-B. auf eine durch Unterschlagung begangene Untreue.

In diesem Zusammenhange ist auch eine Streitfrage zu berühren, die jetzt wohl bereits als entschieden zu betrachten ist. Es handelt sich um die Frage, ob den im § 247 Abs. 2 St.-G.-B. genannten Personen, wenn sie sich durch Unterschlagung einer Untreue schuldig machen, der persönliche Strafausschliessungsgrund des § 247 Abs. 2 St.-G.-B. zu Gute komme, und ob demnach auch ihre Verurteilung wegen Untreue nicht erfolgen dürfe. *v. Schwarze*[2]) beantwortet die Frage in bejahendem Sinne. Die gemeine Meinung[3]) ist mit dem Reichsgericht[4]) anderer Ansicht. Ihr dürfte beizupflichten sein.

---

[1]) R.-Ger. Entsch. Bd. 16. S. 343 ff., vgl. auch R.-Ger. Entsch. Bd. 3. S. 284.

[2]) Kommentar zu § 266, Note 6.

[3]) vgl. Meyer, Lehrbuch § 114. Merkel in Holtzend. Handb. III. S. 781 ff. Ammon S. 91 ff. Olshausen, Note 16 zu § 266.

[4]) Entsch. Bd. 16. S. 343.

Schon bei der Abfassung des preussischen Strafgesetzbuches war diese Frage in Ansehung des als Vormund oder Kurator seiner Kinder bestellten Vaters erörtert worden. Von einer Entscheidung der Streitfrage hat man indessen abgesehen, weil — so lauten die eigentümlichen Erwägungsgründe — „man glaubte, dass die Frage, ob der Vater in dieser Eigenschaft zu den Vormündern und Kuratoren im Sinne des Gesetzes zu rechnen sei (!), der Praxis überlassen werden müsse“. [1])

Die Gründe nun, welche die gemeine Meinung berechtigen, die in § 247 Abs. 2 vorgesehenen Strafausschliessungsgründe auf die Fälle einer durch Unterschlagung begangenen Untreue nicht auszudehnen, ergeben sich aus der Stellung und dem unzweideutigen Wortsinne des genannten Paragraphen.

Sowohl die Einstellung desselben in den neunzehnten Abschnitt des II. Teils unseres St.-G.-B.'s, der ex professo nur „Diebstahl und Unterschlagung“ behandelt, wie auch der Wortlaut des § 247, der nur von Diebstahl und Unterschlagung spricht, machen zweifellos, dass auch die Strafausschliessungsgründe des § 247 nur für die Fälle der Verurteilung wegen Diebstahl und Unterschlagung nach Massgabe der Bestimmungen des 19. Abschnitts Anwendung finden sollen, und dass ihre Anwendung mithin zu entfallen hat, wenn nach den Vorschriften über ideale Konkurrenz die Strafe lediglich aus § 266 St.-G.-B. zu schöpfen ist. [2])

---

[1]) vgl. Merkel in Holtzend. Handb. III, S. 781.

[2]) vgl. Merkel a. a. O. Ammon, S. 98.

IV. Abschnitt.

Untreue und Unterschlagung als Angriffe auf rechtlich geschützte Interessen

§ 20.

Im Allgemeinen.

Wie die oben gezogene Parallele zwischen den einzelnen Thatbestandsmerkmalen der Unterschlagung einerseits und der Untreue andererseits ergiebt, ist beiden gemeinsam, dass sie sich gegen die Vermögensrechtssphäre des Individuums richten.

Bezüglich der Unterschlagung ist dies auch nicht bestritten. Denn die Erkenntnis, dass der Gegenstand des Eigentumsrechts nicht notwendig Geldwert zu haben braucht, um Objekt der Unterschlagung zu sein, hindert uns ebensowenig, die Unterschlagung unter die Delikte gegen die Vermögensrechte einzureihen wie die Erkenntnis, dass das Eigentumsrecht auch an einer Sache ohne Tauschwert bestehen kann, der Einreihung des Eigentums unter die Vermögensrechte entgegen steht.

Dagegen haben wir die Ansicht, dass die Untreue sich auch gegen andere Rechtsgüter des Individuums als die Vermögensrechte, insbesondere also auch gegen die sogenannten unkörperlichen — oder persönlichen — Rechtsgüter richten könne, zurückgewiesen.

Aber innerhalb dieser umfassenden Kategorie der gegen die Vermögensrechtssphäre gerichteten strafbaren Handlungen pflegen die systematischen Darstellungen unseres Reichsstrafrechts wiederum mehrere selbständige Gruppen zu unterscheiden, deren Sonderung sich zumeist nach der Art des jeweils angegriffenen Vermögensrechts richtet.[1])

---

[1]) So unterscheidet z. B. v. Liszt (Lehrbuch): 1. Strafbare Handlungen gegen Sachenrechte. 2. Verletzung von Zueignungsrechten. 3. Verbrechen gegen Forderungsrechte. 4. Strafbare Handlungen gegen das Vermögen überhaupt.

In Folgendem soll nun erörtert werden, welche besondere Richtung den in Untreue und Unterschlagung kriminalisierten Angriffen gegen die Vermögensrechtssphäre des Individuums eigentümlich ist.

§ 21.
Das Schutzobjekt der Unterschlagung.

Bezüglich der Unterschlagung haben wir schon im Laufe der Darstellung zu erkennen gegeben, dass u. E. die Auflösung des gesetzlichen Thatbestandes der Unterschlagung in seine Begriffsmerkmale zu dem Schluss führt, dass das Gesetz in der Unterschlagung den Angriff gegen das Eigentum schlechthin kriminalisiert hat, und dass die Ansicht der Gegner. die diesem Schluss durch Berufung auf die objektive oder durch Berufung auf die subjektive Seite des Delikts auszuweichen suchen, im Gesetze keine Stütze findet. Das Rechtsgut, gegen welches sich der in der Unterschlagung liegende Angriff richtet, das „Schutzobjekt" bei der Unterschlagung ist begrifflich allein das Eigentum, nicht notwendig auch das Vermögen, sofern man darunter nur den Inbegriff der geldwerten Rechte einer Person versteht. Denn es ist — wie wir feststellten — eine Unterschlagung insbesondere auch an einer Sache möglich, die keinen Geldwert hat; eine pekuniäre Verminderung des Vermögens braucht also — wie schon dieses Beispiel lehrt — durch die Zueignung nicht herbeigeführt zu werden.[1])

Wir nehmen also in dem Streit darüber, ob das Gesetz durch die Unterschlagung und die andern Aneignungsdelikte das Eigentum schlechthin (sog. Eigentumsdeliktstheorie) oder im Eigentum allein

---

[1]) So die gemeine Meinung. Diese Richtung der Unterschlagung wird zumeist nicht speciell für dies Delikt, sondern schlechthin für alle Aneignungsverbrechen festgestellt. Vgl. v. Liszt, Lehrb. § 125. S. 449. Meyer, Lehrb. S. 588. Berner, Lehrb. zum XIX. Abschnitt des St.-G.-B.'s über „Diebstahl" S. 543. Kapff, S. 21—28. Huber, S. 48. Olshausen, N. 1 zu § 246. Gebauer in seiner Schrift: Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände. Heft I der Strafr. Abhandlungen, herausgegeben von Dr. H. Bennecke, und Binding, Normen II. S. 540, Note 774. Der Sache nach auch Binding, Grundriss II. § 167. S. 130. II, 1, wenn er auch hier unter Fallenlassen der „älteren, engeren Bedeutung" des Vermögens als des Inbegriffs der Rechte an oder auf Sachen mit Geldwert in jeder Verletzung eines Vermögensrechts schlechthin auch eine Vermögensverletzung sieht. (vgl. ebenda Grundr. II. S. 119. § 169). A. M. sind insbesondere John in der Zeitschr. für Strafrechtswissensch. 1,267 und Dörr a. a. O. S. 123 ff., sowie S. 143—156.

das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne (sog. Vermögensdeliktstheorie)[1]) schützen will, zu Gunsten der ersteren Theorie Stellung. Damit soll indessen nicht verkannt werden, dass das Motiv dieses strafrechtlichen Eigentumsschutzes die Erwägung war, dass das Eigentum die typische rechtliche Grundlage der ökonomischen Verkehrsmacht des Individuums bildet. Der Gesetzgeber hätte auch in der Anlage der sogenannten Aneignungsdelikte zum Ausdruck bringen können, dass ihm der Schutz des Eigentumes nur Mittel zum Zweck ist, dass er im Eigentum als typischer Erscheinungsform auch begrifflich nur das Vermögen im wirthschaftlichen Sinne vor Minderung seines Geldwertes schützt, aber der Reichsstrafgesetzgeber hat dies, wie wir nachzuweisen suchten, nicht gethan. Und dies lässt sich wohl rechtfertigen. Wenn der Gesetzgeber einmal den Begriff seines Eigentumes in Ansehung des Gegenstandes dieses Rechts lediglich auf die Eigenschaft der Körperlichkeit gründet, so können ihn logische Gründe sicherlich nicht abhalten, das in der Anerkennung des Eigentumsrechts liegende Verbot des Eingriffs in dasselbe schlechthin auch in derselben begrifflichen Allgemeinheit auf das Gebiet des Strafrechts zu übertragen und demnach von dem Erfordernis, dass der Gegenstand der Aneignung Geldwert gehabt haben müsse, abzusehen. Aber auch dass ihn praktische Rücksichten hätten veranlassen müssen, in das strafrechtliche Verbot der Antastung fremden Eigentums die gedachte Beschränkung zu legen, müssen wir leugnen. Dem Einwand, dass der Gesetzgeber ja dann unter seine Strafsanktion die Zueignung auch schlechthin wertloser Eigentumsobjekte fallen lasse, können wir entgegensetzen, dass in vielen dieser Fälle der Thäter deshalb straflos bleiben wird, weil er in dem Glauben, der Eigentümer werde der Aneignung nicht widersprechen, gehandelt hat. Es sind dies namentlich die Fälle, in denen, wie *Binding*[2]) sagt, die Sitte statt des Eigentümers selbst die Einwilligung in die Aneignung erteilt. Sollte unsere Auffassung aber wirklich zu „materiellen Inkonvenienzen"[3]) führen, sollte ihr mit Recht der Vorwurf gemacht werden, „sie stelle den ignominiösen Charakter der Aneignungsdelikte dadurch in Frage, dass sie deren Begriff auf Strohhalmaffairen ausdehnt,"[4])

[1]) Vgl. die oben S. 61 Note 1 cit. Gebauer'sche Schrift, in der das Für und Wider beider Theorieen erörtert und die gemeine Meinung eingehend begründet wird.

[2]) Grundriss II. S. 140. § 169.

[3]) Merkel, Holtzend. Handb. III. S. 634.

[4]) Derselbe ebenda.

so liegt doch die Frage nahe, ob denn die aus der gegnerischen Auffassung der Aneignungsdelikte sich ergebenden Konsequenzen gesündere genannt werden können. Oder kann man die sich vom Standpunkte der Gegner unabweislich ergebende Konsequenz, dass der, der dem Eigentümer eine Sache gegen dessen ausdrücklich ausgesprochenen, ihm bekannten Willen entwendet, straflos zu bleiben habe, sofern er es nur nicht unterlässt, den Eintritt der sonst unausbleiblichen Vermögensschädigung durch Hinterlassung eines entsprechenden Geldäquivalents abzuwenden — kann man diese Konsequenz als eine gesunde preisen? Durch diese Möglichkeit privater Enteignung würde — wie *v. Liszt*[1]) mit Recht bemerkt — „dem Wohlhabenden jeder Eingriff in fremdes Eigentum völlig freigegeben werden“.[2])

---

[1]) Lehrb. § 125 n. 11. S. 449.

[2]) Im Schweizerischen Strafgesetzbuch (Kommissionalentwurf) ist in Artikel 70 und 73 bei Diebstahl bezw. Unterschlagung die Bereicherungsabsicht des Thäters zum Thatbestandsmerkmal erhoben worden.

Bei den Verhandlungen der Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizer. St.-G.-B. ist mit Rücksicht hierauf beantragt worden, in den Entwurf einen allgemeinen Thatbestand der rechtswidrigen Zueignung fremder Sachen aufzunehmen, „durch welchen alle Fälle, die wegen mangelnder Bereicherungsabsicht des Thäters aus dem Thatbestande des Diebstahls und der Unterschlagung ausscheiden, getroffen würden“. (S. 730 der Verhandlungen). Der Antragsteller erinnerte dabei zur Begründung des Antrages insbesondere auch an das im Text gegebene Beispiel, dass der Wegnehmende den Gegenwert der Sache hinterlegt.

Der Antrag (vgl. auch S. 524, 529 der Verhandlungen) wurde aber abgelehnt.

Nach demselben Kommissionalentwurf hat übrigens die Unterschlagung den Charakter eines Aneignungsdelikts verloren. Der Art. 73 (Veruntreuung) lautet nämlich:

„Wer sich eine Sache, die ihm anvertraut worden ist, aneignet, um sich oder einen Dritten damit unrechtmässig zu bereichern,

wer eine Sache, die er für einen andern empfangen hat, unrechtmässig in seinem oder eines Dritten Nutzen verwendet,

wird auf Antrag mit Gefängniss oder Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft.“

Wenn nun auch in Abs. 1 dieses Artikels durch das Erfordernis der „Aneignung“ — obgleich nicht ganz entsprechend den Beschlüssen der Kommission, die das Objekt der Unterschlagung ausdrücklich als „fremde Sache“ bezeichnet wissen wollte, S. 382, 378 ff. der Verhandlungen — ausgedrückt werden soll, dass es sich um eine dem Thäter nicht gehörende Sache handeln müsse, so ist doch in Abs. 2 dieses Thatbestandsmerkmal offensichtlich fallen gelassen worden. Damit aber ist die Unterschlagung auf Fälle ausgedehnt worden, wo es sich um Sachen handelt, die nach civilrechtlichen Regeln im Eigentum des Thäters selbst stehen.

§ 22.

Das Schutzobjekt der Untreue.

Was das Delikt der Untreue anlangt, so haben wir festgestellt, dass das Gesetz in allen Fällen der Untreue den Eintritt eines

---

Die analoge Bestimmung des Vorentwurfs — Art. 71. —:

„Wer eine Sache, die er in Gewahrsam hat, oder eine Geldsumme, die er für einen anderen eingenommen hat, behält, um sich oder einen anderen damit unrechtmässig zu bereichern, wird mit Gefängniss bestraft,"

wurde vom Verfasser des Vorentwurfs, Prof. Stooss, wie folgt, gerechtfertigt: (S. 378 der Verhdlgen.)

„Wird die Unterschlagung auf fremde Sachen beschränkt, so ergeben sich bedeutende Schwierigkeiten und Unsicherheiten für die Behandlung von Fällen der Disposition über Geld und andere Fungibilien. Es kommt nämlich nicht selten vor, dass vertretbare Sachen nach den Grundsätzen des Civilrechts in das Eigentum einer Person übergegangen sind, die sich durch die Disposition über die Sache nach der Rechtsanschauung des Volkes der Unterschlagung schuldig macht. Der Handlungsreisende z. B., der für verkaufte Waren Geld einkassiert, erwirbt in der Regel an letzterem durch Vermischung mit seinem eigenen Gelde Eigentum; dessenungeachtet wird es allgemein als Unterschlagung angesehen, wenn er das Geld verbraucht, statt es abzuliefern. Um solche und ähnliche Fälle unter den Unterschlagungsbegriff der geltenden Strafgesetze zu bringen, wird in Wissenschaft und Praxis vielfach angenommen, der Thäter habe das Geld unter der Bedingung erhalten, dass er stets eine gleich grosse Summe zur Ablieferung bereit halte. Allein dies ist eine Fiktion, die im Falle des Kommissionärs, der für die von ihm auftragsgemäss im eigenen Namen verkauften Waren das Geld auch im eigenen Namen empfängt, nicht einmal ausreicht. Nach dem Entwurf fällt die Frage, ob das Eigentum der Sache auf den Thäter übergegangen sei, ganz ausser Betracht; massgebend ist einzig das wirtschaftliche Verhältniss. Dadurch wird der Richter in Stand gesetzt, alle Fälle, die nach der Rechtsanschauung des Volkes Unterschlagung sind, ohne Schwierigkeit als solche zu bestrafen."

So beachtenswert diese Ausführungen auch sind, so wird doch durch Ausmerzung des Begriffs der fremden Sache aus dem Thatbestand der Unterschlagung der selbständige Deliktsbegriff derselben als des die Eigentumsordnung schützenden Delikts verflüchtigt, und seine Auflösung in das Delikt der Untreue angebahnt. Denn die von Stooss erwähnten Fälle können — wie unten noch näher zu erörtern ist — nur als Fälle der Untreue mit Strafe bedroht werden.

Ob übrigens für eine solche Ausdehnung des Unterschlagungsthatbestandes vom Standpunkte des Entwurfs überhaupt ein Bedürfnis vorlag, muss überdies bei der sehr weiten Fassung des Untreuethatbestandes bezweifelt werden. Art. 86 des Kommissionalentwurfs enthält nämlich eine Strafdrohung wegen Untreue gegen den,

der Vermögensinteressen, deren Wahrung ihm zufolge Amtes, Berufes oder Auftrages obliegt, zum Nachteile des Berechtigten verletzt, um sich oder einem anderen einen Vorteil zuzuwenden.

Vgl. die sehr interessanten Verhandlungen hierüber S. 421, 548 ff. a. a. O.

Nachteils zum Thatbestandsmerkmal erhoben hat, und dass der erforderte Nachteil in allen Fällen der Untreue ausschliesslich im Sinne eines Vermögensnachteils zu verstehen ist. In allen Fällen der Untreue wird also der pekuniäre Wert des Vermögens verringert. Aber damit ist das Wesen der Untreue noch nicht genügend charakterisiert. Auch dem Betruge ist ja der Eintritt einer Vermögensschädigung wesentlich, und doch wird niemand die Wesensverschiedenheit zwischen Untreue und Betrug verkennen.

Den Fällen der Untreue ist denn auch noch ein besonderes Merkmal gemeinsam, das sie von anderen eine pekuniäre Wertminderung des Vermögens herbeiführenden Delikten charakteristisch unterscheidet. Dieses Merkmal ist der im Gesetz gegebenen Aufzählung der tauglichen Subjekte der Untreue zu entnehmen. Wir haben schon oben erörtert, dass das Gesetz u. E. mit dieser Aufzählung wesentlich den Zweck verfolgt, objektiv die Verhältnisse abzugrenzen, innerhalb deren die Untreue begangen werden kann. Alle diese Rechtsverhältnisse, in deren Rahmen die Untreue gespannt ist, sind nun durchweg Rechtsverhältnisse obligatorischer Natur.

Den im § 266 St.-G.-B. kriminalisierten Handlungen ist mithin gemeinsam, dass sie notwendig eine Verletzung derjenigen obligatorischen Pflichten involvieren, die aus den im § 266 aufgezählten Rechtsverhältnissen resultieren. Und zwar stehen, wie *Oppenheim*[1]) zutreffend bemerkt, hier nicht die Rechte, um deren Willen die Pflichten da sind, sondern gerade die Pflichten im Vordergrunde des Interesses, sie sind die „Schutzobjekte" der Untreue. Denn „wenn § 266 wegen „Untreue" die Vormünder, Güterpfleger u. s. w. bestraft wissen will, die zum Nachteil der ihnen anvertrauten Personen oder Sachen handeln, so ergiebt sich aus der Bezeichnung der betreffenden verbrecherischen Handlungen als „Untreue", dass für das deutsche St.-G.-B. die obligatorischen Pflichten der Vormünder, Güterpfleger u. s. w. diejenigen Objekte sind, die gegen Verletzung von Seiten ihrer Inhaber geschützt werden sollen. Dass damit zugleich die diesen obligatorischen Pflichten entsprechenden obligatorischen Rechte geschützt sind, ist selbstverständlich. An und für sich wäre es richtiger, diese Rechte als die Schutzobjekte zu bezeichnen, aber das Gesetz premiert eben jene Pflichten".[2])

[1]) [2]) a. a. O. S. 190.

§ 23.
Die durch das Schutzobjekt vermittelte besondere Beziehung zwischen Untreue und der sog. Veruntreuung.

Nachdem wir so als Schutzobjekt der Unterschlagung das Eigentum und als Schutzobjekt der Untreue bestimmte obligatorische Pflichten festgestellt haben, können wir nunmehr daran gehen, die besondere Beziehung zu erörtern, die zwischen dem qualifizierten Falle der Unterschlagung, der sog. Veruntreuung, und der Untreue durch die Artgemeinschaft des angegriffenen Rechtsguts hergestellt wird. In § 246 St.-G.-B. giebt der Umstand, dass der Thäter eine anvertraute Sache unterschlagen hat, das Qualifikationsmoment für die sog. Veruntreuung ab. Wie wir nun oben im Anschluss an die Auffassung des Reichsgerichts erörterten, hat eine Sache dann als „anvertraut" zu gelten, „wenn der Besitz oder Gewahrsam kraft eines Rechtsgeschäfts mit der Verpflichtung erlangt ist, sie zurückzugeben oder einem Dritten abzuliefern."[1])

Stellt man dieser Begriffsbestimmung die oben gefundene Definition der rechtswidrigen Aneignung gegenüber, so erhält man das Ergebnis, dass allen Fällen der Unterschlagung anvertrauter Sachen die Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung charakteristisch ist. Im Zueignungsakt bei der sog. Veruntreuung missachtet der Thäter sowohl die durch das dingliche Recht geknüpfte unmittelbare Beziehung des Eigentümers zur Sache wie die mittelbare Beziehung zur Sache, die das Forderungsrecht dadurch herstellt, dass kraft desselben der Forderungsberechtigte vom Schuldner die Leistung der Sache verlangen kann. —

Diese an sich zutreffende Beobachtung veranlasst *Dörr*, den Fällen der Untreue die Verletzung bestimmter obligatorischer Pflichten als besonderes Charakteristikum abzusprechen. So stellt er die Frage:[2])

> „Haben denn gewisse Fälle des Diebstahls (Gesindediebstahl u. dergl.), sämmtliche Fälle der qualifizierten Unterschlagung (Veruntreuung), sämmtliche Fälle der §§ 289, 290, 300 etc. nicht auch eine Verletzung obligatorischer Rechte bezw. Pflichten zu ihrem Gegenstande? Oder ist es keine Verletzung einer obliga-

---

[1]) R.-Ger. Entsch. 4,386.

[2]) a. a. O. S. 52.

torischen Pflicht, wenn der Depositar, Kommodatar etc. die anvertraute Sache unterschlägt, der Pfandleiher die von ihm in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nimmt? Und trotzdem bezeichnet man den Diebstahl, die Unterschlagung und die hiermit verwandten Fälle als Angriffe auf fremde dingliche Rechte?“

Was nun speciell die Unterschlagung anlangt, so dürfte es trotz der Bedenken *Dörr's* auch fernerhin angezeigt sein, die Unterschlagung sowie auch die Veruntreuung als Angriff auf das Eigentum zu bezeichnen.

Wir haben das Eigentumsrecht aus dem Grunde als Schutzobjekt der Unterschlagung bezeichnet, weil die unter den Begriff der Unterschlagung fallenden Handlungen in allen Fällen notwendig das Eigentumsrecht treffen. Dass daneben auch alle anderen an der Sache bestehenden dinglichen Rechte, ja dass auch Forderungsrechte auf Leistung der Sache durch die Zueignungshandlung verletzt werden können, ist selbstverständlich; aber für das Gesetz treten diese Verletzungen zurück. Von den mannigfachen rechtlichen Beziehungen, deren Objekt eine körperliche Sache sein kann, hebt es allein die hervor, dass die Sache Gegenstand eines Eigentumsrechtes ist, und passt allein dieser Beziehung den Handlungsbegriff im § 246 an. Von den übrigen rechtlichen Beziehungen, die möglicher Weise gestört werden können, erwähnt es die, dass dem Thäter kraft Rechtsgeschäfts die Rückleistung oder Ablieferung der Sache obliegt. Aber auch diese Beziehung erwähnt das Gesetz nicht primär, sondern es verwertet sie lediglich als Strafschärfungsgrund. Es ändert den Handlungsbegriff, wie er für die Fälle der einfachen Unterschlagung gebildet ist, auch in dem qualifizierten Falle der Unterschlagung nicht. Schutzobjekt ist ihm also auch bei der Veruntreuung das Eigentumsrecht; aber die Strafschärfung bei der Veruntreuung zeigt, dass hinter diesem Schutzobjekt ein anderes dem Gesetz von Bedeutung ist, nämlich jene oben charakterisierte auf Rechtsgeschäft beruhende obligatorische Verpflichtung des Thäters. Jenes erstere Schutzobjekt steht im Vordergrunde — es ist „primäres Schutzobjekt“; dieses letztere tritt dahinter zurück — es ist „sekundäres Schutzobjekt“.[1])

---

[1]) Oppenheim a. a. O. S. 288 ff.

So stellt denn die Art des angegriffenen Rechtsgutes wieder eine nähere Beziehung zwischen Untreue und Veruntreuung her:

Bei der Untreue sind obligatorische Pflichten, soweit sie aus den eigentümlichen den Untreuethatbeständen zu Grunde liegenden civilrechtlichen Verhältnissen resultieren, primäre Schutzobjekte schlechthin; bei der Veruntreuung hingegen ist den obligatorischen Pflichten die Stellung sekundärer Schutzobjekte zugewiesen.

V. Abschnitt.

§ 24.

Die Wandlung des Charakters der Untreue.

Schon bei der vergleichenden Gegenüberstellung der Handlungsobjekte der Unterschlagung und der Untreue aus § 266 Z. 2 St.-G.-B. haben wir Gelegenheit genommen, auf eine in der Praxis empfindlich fühlbare Lücke unseres Strafgesetzbuchs hinzuweisen. Wir haben erörtert, dass in allen denjenigen Fällen eine Bestrafung wegen Untreue aus § 266 Z. 2 entfällt, wo Handlungsobjekt eine körperliche Sache ist, die im Eigentum des Bevollmächtigten steht. Die Gesetzeslücke ist nun, wie wir gleichfalls erörterten, dadurch gegeben, dass sich namentlich mit Rücksicht auf das Verhältnis des Auftraggebers zum Bevollmächtigten in vielen Fällen „der Eigentumsübergang — wie *Merkel*[1]) sagt — unter Umständen vollzieht, welche die ihm sonst für die strafrechtliche Beurteilung der That zukommende Bedeutung wesentlich verringern“. An derselben Stelle hatten wir behauptet, dass die bestehende Lücke nur durch das Delikt der Untreue ausgefüllt werden könne. Im Folgenden soll diese Behauptung näher begründet werden.

Der § 266 St.-G.-B. muss, wenn wir ihn nach seiner Entstehungsgeschichte betrachten, in zwei Teile aufgelöst werden. Zusammen gehören die Z. 1 und 3; ihnen gegenüber steht isoliert die Z. 2.

---

[1]) in Holtzend. Handb. III. Abschn. XXII. § 18, N. 5. S. 788.

In Z. 1 sind als Subjekte der Untreue Personen aufgeführt, „die obrigkeitlich oder letztwillig zu Verwaltern oder Behütern fremden Vermögens bestellt sind, die sich der Vermögensinhaber oder die Erben gefallen lassen müssen, also Personen, die sie nicht umgehen können".[1])

Die zweite Gruppe der tauglichen Subjekte der Untreue — die Personen der Z. 3 — bilden die von der Obrigkeit zur Betreibung ihres Gewerbes verpflichteten Personen. „Auch diese muss sich — wie derselbe Autor bemerkt[2]) — das Publikum gefallen lassen und kann sie nur teilweise umgehen."

Die Z. 2 des § 266 dagegen führt in den Bevollmächtigten Personen auf, die *Binding*[3]) treffend als „gewillkürte Subjekte der Untreue" bezeichnet.

Die Z. 2 des § 266 dient, wie wir mehrfach betonten, dem Zweck einer Ergänzung des Unterschlagungsthatbestandes. Durch die Aufnahme dieser Bestimmung in das Delikt „Untreue" ist nun aber der Boden, auf dem die Untreue aus Z. 1 und 3 des § 266 steht, verlassen worden. Der Gesetzgeber hat damit zu erkennen gegeben, dass Subjekt der Untreue auch eine Person sein kann, die nicht in einem specifischen Vertrauensverhältnisse zum Benachteiligten steht. Die Untreue kann nunmehr auch im Rahmen eines Rechtsverhältnisses begangen werden, bei dem ein besonderes Wertlegen auf sittliche Qualitäten nicht erfolgt oder wenigstens nicht in höherem Masse erfolgt als bei allen anderen Rechtsbeziehungen obligatorischer Natur. Damit hat das Delikt der Untreue — dem Gesetzgeber unbewusst — einen anderen Charakter angenommen.

Nicht mehr ausschliesslich die Vermögensschädigung, die unter Verletzung eines auf besonderem Vertrauen ruhenden Rechtsverhältnisses erfolgt, wird nunmehr in der Untreue gestraft, sondern auch noch fernerhin die Vermögensschädigung, die durch Ausnutzung einer rechtlich gewährten Machtstellung verübt wird. Und auch diese Seite des Delikts der Untreue hat wiederum ihre Berührungspunkte mit der sog. Veruntreuung. Auch der Veruntreuende missbraucht eine ihm rechtlich eingeräumte Machtstellung; auch er nutzt, wie der ungetreue Bevollmächtigte, die Gelegenheit

---

[1]) Binding, Grundriss II, § 187. S. 220.
[2]) Ebenda.
[3]) a. a. O.

aus, die sich ihm zufolge rechtsgeschäftlichen Willensaktes eines anderen darbietet. — —

Es ist ein Verdienst *Bindings*, die gedachte Wandlung im Charakter der Untreue zuerst gewürdigt zu haben. Treffend sagt er hierüber:[1]

„Praxis und Gesetzgebung haben eine empfindliche Lücke des bisherigen Strafrechts richtig erkannt. Beim Betrug macht der Betrüger den fremden Willen des zu Schädigenden durch Täuschung zu seinem Bundesgenossen; in einer grossen Anzahl von Fällen aber ist, wer auf Unredlichkeit denkt, in der glücklichen Lage, von Rechtswegen über fremdes Vermögen verfügen zu können; dieses Vermögen findet dann seinen Feind grade in der Person, der es von Rechtswegen unterstellt ist, und gegen diese bedarf sein Inhaber energischen Schutzes.

Die Art, wie Jener zu seiner Machtstellung gekommen ist, ob durch obrigkeitliche Bestellung oder Ermächtigung oder durch privates Rechtsgeschäft, muss als gleichgiltig erscheinen, wesshalb es auch durchaus richtig war, die Bevollmächtigten unter die tauglichen Subjekte der Untreue aufzunehmen. Ja ihnen sollten auch alle Beamten, welche mit der Verwaltung des Staats- und Gemeindevermögens betraut sind, alle amtlichen Verwalter fremden Vermögens und alle Personen in Organstellung bei Vereinen oder Kassen gleichgestellt werden. Dass für sie eine besondere Treuverpflichtung anderen Personen gegenüber besteht, ist unnötig und nebensächlich.

Ihr specifisches Mittel, fremdes Vermögen zu schädigen, ist der Missbrauch der Machtvollkommenheit, die ihnen das Gesetz mittelbar oder unmittelbar im Interesse des nachher Benachteiligten einräumt."

Mit Rücksicht auf diese durch Aufnahme der Z. 2 des § 266 vollzogene Wandlung im Charakter der Untreue, hat *Binding*[2]) Recht, wenn er behauptet, „dass der Verbrechensthatbestand unsers Delikts auch heute noch mit Recht nach Erweiterung strebt, dass nicht nur die Spezialgesetzgebung des Reichs das Gebiet der strafbaren Untreue bedeutend vergrössert hat, sondern auch die Praxis energisch versucht, den Damm des Strafgesetzbuchs § 2 gegen die Analogie zu durchbrechen".

---

[1]) Grundriss II. S. 219.

[2]) Grundriss II. § 187.

Betrachtet man nun vom Standpunkt der vorstehenden Ausführungen die Z. 2 des § 266 St.-G.-B, so muss man zu dem Schluss kommen, dass die Redaktion der Z. 2 nicht als gelungen bezeichnet werden kann. Vielmehr ist es eine nicht zu billigende Anlehnung an den Thatbestand der Unterschlagung, wenn der Thatbestand der Z. 2 erfordert, dass sich die Ausnutzung der rechtlich gewährten Machtstellung gerade in Bezug auf bestimmte, nach den Grundsätzen des massgebenden Civilrechts dem Machthaber zugehörige Bestandteile seines Vermögens, die der Machtsphäre des Thäters unterliegen, äussere.

Die von *Dr. H. A.*[1]) vorgeschlagene anderweite Fassung der Z. 2 des § 266 St.-G.-B. verdient daher vor der jetzigen den Vorzug. Diese würde vielleicht noch folgerichtiger durch die Fassung:

— „Bevollmächtigte, die durch Missbrauch der ihnen vom Auftraggeber eingeräumten Verfügungsgewalt diesen absichtlich benachteiligen"

ersetzt werden können.

Jedenfalls würde eine in diesem Sinne geänderte Fassung der Praxis die Handhabe bieten, der durch Aufnahme der Z. 2 des § 266 St.-G.-B. vollzogenen Wandlung des Delikts-Charakters der Untreue in höherem Masse als bisher gerecht zu werden.

---

[1]) Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Bd. 36, S. 369; vgl. auch oben S. 37.

